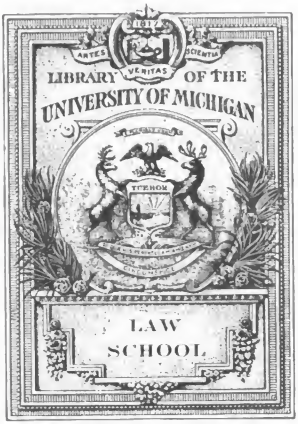
FESTGABE ZU DEM FÜNFUNDZWANZIGJÄHRIGEN...

Burkard Wilhelm Leist, Moritz Seebeck

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google

46

Festgabe

zu dem

fünfundzwanzigjährigen Amts-Jubiläum

des

Herrn Geheimen Staatsraths

Dr. Moritz Seebeck

Curators der Universität Jena

überreicht

von

Dr. Burkard Wilhelm Leist.

[Ueber die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte.]

Jena,
Friedrich Frommann.
1876.

Digitized by Google

MAY 12 1921

Digitized by Google

An dem Tage, welcher Sie, verehrter Herr Geheimer Staatsrath, auf die fünfundzwanzigjährige Leitung der Jenaer Universität zurückblicken läßt, sende ich Ihnen aus meinem Krankenzimmer dies anspruchlose Schriftchen als einen Festgruß mit meinen herzlichen Glückwünschen. Fast ebenso lange, als Sie der Universität vorstehen, weile ich in Jena. Zu dem Verhältniß, in dem wir diese lange Reihe der Jahre zu einander gestanden haben, würde es wenig passen, wenn ich Sie in dieser Zuschrift ob Ihrer Verdienste um die Universität öffentlich anloben wollte. Gestatten Sie mir aber mein gutes Geschick zu preisen, das mir diese Jahre des Zusammenlebens mit Ihnen gegeben hat. Ihre Freundschaft hat mich an Jena gebunden, Ihr Hierwalten hat mir diesen lieblichen

202268

Digitized by Google

Fleck deutscher Erde lieb gemacht. Ich habe es erlebt, wie Sie das Wohl unserer Universität in guten und bösen Tagen in warmem Herzen getragen haben, ich weiß aber auch, daß Ihr Wirken Mühe und Arbeit genug gewesen ist um köstlich genannt werden zu können.

Bleiben Sie, das bitte ich Sie, in alter Weise zugethan

Ihrem treuen und dankbaren

Leist.

Digitized by Google

Ueber

die

Wechselbeziehung

zwischen dem

Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte.

Von

Dr. Burkard Wilhelm Leist.

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Wenn man als die dogmatische Aufgabe der Rechtswissenschaft die Zurückführung des bestehenden Rechts auf seine Principien angiebt, so hat man innerhalb dieser Aufgabe auch eine negirende Thätigkeit zu verzeichnen. Es entwickelt sich in unserer Wissenschaft mit Nothwendigkeit das Streben, von einem gewissen berechtigten Punkte aus andere Punkte parallelisirend zu beleuchten; findet man sie gleichartig, sie zusammenzustellen; hat man sie zusammengestellt, aus ihnen eine gemeinsame Regel zu abstrahiren. Aber die mehren Punkte sind vielleicht nur in gewisser Richtung sich gleichstehend, ja vielleicht nicht einmal gleichstehend, sondern nur ähnlich. So läuft die abstrahirte Regel Gefahr, durch Beiseitelegen des Ungleichartigen die zusammengefaßten Punkte in unzulässiger Weise zu zwängen, ein Scheinprincip zu werden, dessen Consequenzen nothwendig Schaden anrichten müssen. Die Gefahr vergrößert sich, wenn die formulirte Regel eine anmuthende s. g. „natürliche" Gestalt hat. Das wirklich Natürliche im Rechtsgebiet leidet in seinem richtigen Erkanntwerden ganz vorzugsweise durch die halbwahren sogenannten „sehr natürlichen Regeln".

Die römischen Juristen sind sich der Gefahr solcher Scheinprincipien wohl bewußt. Jedermann kennt ihren Ausspruch (fr. 202 de reg. iur.): omnis definitio in iure civili periculosa est: parum [rarum?] est enim, ut non subverti posset. Aber sie sind überhaupt, indem sie bei ihren Argumentationen vorzugsweise im Concreten operiren, in der Formulirung ihrer allgemeinen Regeln sorgloser. Wußte doch Jeder, so-

Digitized by Google

wohl der die Regel gab wie der sie nahm, daß sie leicht periculosa sei. Unsere moderne Wissenschaft dagegen will, und mit Recht, fest und sicher gefaßte Principien. Um so dringender wird für sie die Aufgabe, vom Wirklichen den Schein zu trennen, und aus dem Gebiete der Principien das auszuscheiden, was nur eine Parallelisirung gewisser ähnlich gestalteter Dinge ist. —

Es möge das Gesagte im Folgenden in Betreff einer Regel zur Verwendung gebracht werden, die uns in den römischen Quellen in einer Fassung entgegentritt, welche man allerdings eine recht „periculosa" wird nennen dürfen. Vielleicht aber wird es bei ihr gelingen, den sicheren Kern vom umgebenden Schein zu trennen.

Giebt es, das ist die Frage, einen innerlich nothwendigen und etwa als „natürlich" zu bezeichnenden Zusammenhang zwischen der Begründung und der Aufhebung eines Rechts, so daß der Anfang vom Ende die Wirkung, das Ende vom Anfang die Form entnähme? In welchen Verhältnissen kommt eine derartige Wechselbeziehung zwischen der acquisitiven und der extinctiven Thatsache wirklich vor? Sind die Fälle, in denen sie vorkommt, insgesammt gleichartig zu erklären? — Ulpian scheint uns hierauf eine ganz allgemein bejahende Antwort zu geben. Er sagt im

> fr. 35 de R. J. 50, 17 (l. 38 ad Sab.): Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.

Und Paulus führt den Gedanken in einzelnen Anwendungen durch:

> fr. 153 eod. (l. 65 ad ed.): Fere quibuscunque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.

Es hat in unserer neueren Literatur nicht an Solchen gefehlt, die auf Grund dieser Stellen in der römischen (wenn gleich nicht völlig richtig abstrahirten) Regel eine wirkliche „Natur-Imitation" finden wollen, oder

Digitized by Google

welche andererſeits der Regel ein ſehr allgemeines Anwendungsgebiet beimeſſen [1]).

Prüfen wir den Beſtand unſeres Quellenmaterials etwas genauer.

II.

Die ſich auf den Beſitz beziehende Hälfte des fr. 153 cit. iſt, — offenbar damit die wichtige Stelle ſogleich in der Beſitzlehre zur Anſchauung komme, — gleichlautend (nur mit Veränderung des einleitenden Wortes) auch in dem Titel de adquirenda vel amittenda possessione zu leſen.

Fr. 8 de a. v. a. p. 41, 2 (Paul. l. 65 ad ed.): Quemadmodum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore

1) Ihering Geiſt des r. R. II 2 (3 Aufl.) S. 381. 382 Anm. 525: „Beruht unſere ganze Conſtruction einmal auf einer naturhiſtoriſchen Anſchauung, ſo iſt es erklärlich, daß ſie ſich den Geſetzen und Vorgängen der Natur möglichſt eng anzuſchließen, ſie auf ihrem Gebiete und in ihrem Stoff möglichſt nachzubilden verſucht, und nicht ſelten ſcheint das „naturale“ der Römer eben dieſe Bedeutung einer Natur-Imitation zu haben [z. B. in der nicht ganz richtigen Abſtraction der Gleichheit der Entſtehungs- und Endigungsarten l. 35 de R. I.: nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.]“ — Lenz Recht des Beſitzes (1860) S. 214. 215: „Und dieſe von der Natur des Willens dictirte einheitliche Auffaſſung ſind wir berechtigt ſchon in jenem berühmten Fragment von Paulus mindeſtens angedeutet zu finden, auf das Savigny vergeblich ſo viel blendende Gelehrſamkeit verwandt hat, um in daſſelbe einen ſeiner dualiſtiſchen Lehre entſprechenden Sinn hinein zu interpretiren. In dieſem Bruchſtück aus ſeinem Edictscommentar ſtellt der Juriſt eine allgemeine Betrachtung über den Erwerb und Verluſt aller Rechte an, deren Entſtehung auf der Eigenthätigkeit des Subjects beruht: er beginnt mit den Contractsobligationen, bezeichnet dann in einem cauſalen Mittelſatz das für dieſe aufgeſtellte Geſetz als ein allgemeingültiges für alle Rechte, die einem Erwerbsacte ihre Begründung verdanken; und ſchließt mit einer ſpeciellen Anwendung dieſes leitenden Grundſatzes auf den Beſitz, der hierin allerdings den Contractsobligationen gleicht, obwohl er ſonſt in Allem ihren Gegenpol bildet. Dies iſt in Wahrheit der Gedankengang, wie er jenem Ausſpruche des Paulus zu Grunde liegt, der ſeit Savigny's Monographie in Aller Munde iſt.“ Vgl. auch die unten Anm. 7 anzuführende Anſicht Savigny's.

Digitized by Google

potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.

Aber gerade dieſe ſich auf die Beſitzlehre beziehenden Worte haben von jeher die größten Bedenken erregt. Es ſcheint hier geſagt zu ſein, daß, wie zur Entſtehung des Beſitzes corpus und animus erforderlich ſei, ſo auch für den Beſitzverluſt corpus und animus ins Entgegengeſetzte umgeſtaltet ſein müßten. Das aber widerſpricht der Grundregel der Beſitzlehre, daß der Beſitzverluſt ſchon beim Untergang des corpus oder des animus eintrete (fr. 44 § 2 de adq. poss.: eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore).

Die Savigny'ſche [2]) Erklärung, durch welche dieſem Widerſpruch ausgewichen wird, iſt allbekannt. Alles in der Pauliniſchen Stelle erſcheint, nach Savigny, zutreffend und paſſend geſagt, wenn man die Worte nur richtig betont lieſt. Der Ton liegt nicht auf „utrumque", ſondern auf „in contrarium actum". Der Juriſt ſagt nicht, der durch corpus und animus erworbene Beſitz gehe nur durch Untergang von „Beidem" („utrumque" im copulativen Sinne) verloren. Er ſagt vielmehr: beim Beſitzverluſt muß das, was zum Beſitzerwerbe erfordert wird, in ſein Gegentheil umgeſchlagen ſein; dies gilt ſowohl von dem corpus wie vom animus. Von der Frage, ob der Beſitz bloß animo oder bloß corpore verloren gehe, ſpricht Paulus gar nicht; er will nur betonen, daß der animus und das corpus, wodurch der Beſitz verloren gehen ſoll, das contrarium desjenigen animus und desjenigen corpus ſein müſſe, wodurch der Beſitz erworben wird. Das Wort „utrumque" iſt mithin, wie es nicht im copulativen Sinne gebraucht iſt, ſo auch nicht beſtimmt im disjunctiven Sinn [für alterutrum] [3]) verwendet. Es umfaßt corpus und animus in unbeſtimmter Richtung; es läßt die Frage unentſchieden, ob das contrarium von corpus und animus oder von corpus oder animus zum Verluſt des Beſitzes nöthig ſei.

Daß die Pauliniſchen Worte, — ſo für ſich genommen, wie ſie

2) Savigny Beſitz (6 Aufl.) S. 384 — 394; (7 Aufl.) S. 330 — 338.

3) So war die frühere Savigny'ſche Anſicht; 2 Aufl. (1806) S. 326 — 330.

Digitized by Google

uns im Juſtinianeiſchen Rechtsbuch als einzelne Stelle entgegentreten, — ſehr wohl in dieſem Savigny'ſchen Sinne verſtanden werden können, beweiſt ſchon die große Zahl der dieſer Interpretation Zuſtimmenden [4]). Aber es ſind doch auch Widerſprechende aufgetreten. Nach Kierulff und Lenz ſoll Paulus gerade umgekehrt nach der „allgemeinen wiſſenſchaftlichen Anſchauung des Vorganges" mit der Verwendung des Wortes utrumque im copulativen Sinn die Regel über den Beſitzverluſt durchaus richtig ausgedrückt haben. Animus und corpus verhalten ſich wie Gedanke und Realiſation. Kann man im einzelnen Fall behaupten, daß eines jener Erforderniſſe aufgehört hat, ſo weiß man zugleich, daß auch das andere fehlt, denn das was nach dem Aufhören jenes noch übrig bleibt, hat dann nicht mehr die Beſchaffenheit, deren es zum Begriff des Beſitzes bedarf. Nach Entziehung der körperlich ausſchließlichen Macht iſt der Wille ein machtloſer ohnmächtiger, nach Aufgeben des Beſitzwillens hat der Detinirende die Sache wirklich auch körperlich nicht mehr für ſich. Der Beſitz wird alſo immer et animo et corpore verloren [5]). — Endlich nach Baron's wiederum der Kierulff'ſchen Auffaſſung nach der einen Seite hin diametral entgegengeſetzter Anſicht iſt unſer Pauliniſcher Ausſpruch ein geradezu unrichtiger. Normirung von Principien war ja überhaupt nicht gerade die Tugend der römiſchen Juriſten; „der Ausſpruch von Paulus (in dem Sinne: daß der Beſitz-

4) Vgl. z. B. Göſchen Vorleſungen I § 211 S. 630. 631; Böcking P. I § 125 Anm. 2; Puchta P. § 131 Anm. b; Arndts P. § 142 Anm. 1; Brinz P. § 28 S. 70; Windſcheid P. § 156 Anm. 1. — Die unbeſtimmte und die copulative Bedeutung von „utrumque" tritt unter den von Savigny geſammelten Parallelſtellen am deutlichſten hervor in fr. 10 § 13 de gradib. 38. 10: frater quoque per utrumque parentem accipitur, id est aut per matrem tantum aut per patrem aut per utrumque, id est ex utroque parente eodem.

5) Kierulff Civilr. S. 390. 391. Lenz a. a. O. S. 214. 215 [nach dem ſich Kierulff „nur unter den letzten Meißelſchlägen an ſeinem civiliſtiſchen Torſo zu dieſer Höhe der Auffaſſung emporgeſchwungen hat"]. Windſcheid (4 Aufl.) § 156 A. 1 bemerkt darüber richtig: „Dieſe Erklärung wäre ganz gut, wenn nur auch die Quellen die Worte in dem Sinne verſtänden, welchen ſie nach jenen Schriftſtellern eigentlich haben ſollen." S. auch Rudorff Anhang zu Savigny 7 Aufl. Num. 100.

Digitized by Google

verluſt eintrete, wenn jedes der beiden Beſitzelemente ins Gegentheil verkehrt iſt) findet ſich bei keinem anderen römiſchen Juriſten noch in einer Kaiſerconſtitution wieder, auch iſt er mit den Entſcheidungen der Quellen über den Verluſt des Beſitzes nicht im Einklang [6])."

Alſo nach Savigny geht Paulus an dem Princip zum Theil unbeſtimmt vorbei, nach Kierulff ſpricht er gerade das richtige Princip, nach Baron ein unrichtiges Princip aus. Nach Savigny enthält die Stelle den richtigen Satz vom Umſchlag ins Gegentheil ohne beſtimmte Beziehung auf die beiden Beſitzelemente; nach Kierulff verwendet ſie den richtigen Satz vom Umſchlag ins Gegentheil in richtiger Weiſe copulativ auf beide Beſitzelemente; nach Baron hat ſie die beiden Beſitzelemente copulativ vor Augen und ſtellt dafür in unzuläſſiger Weiſe den Satz vom Umſchlag ins Gegentheil auf. —

Bevor wir nun weiter auf die Unterſuchung eingehen, was wohl in Wirklichkeit Paulus gemeint haben möge und ob das von ihm Gemeinte richtig ſei, wird es nöthig ſein, die Beſitzfrage einſtweilen zu verlaſſen und zunächſt zu verfolgen, in welchen Gebieten die Römer den allgemeinen Satz vom „Umſchlag ins Gegentheil" (in contrarium actum), oder von der Aufhebung des Rechtsverhältniſſes in der Geſtalt ſeiner Entſtehung, noch ſonſt zu ſpecieller Verwendung bringen.

III.

Das ſchon citirte fr. 35 de reg. iur. redet, wenn auch in ſeinen mitgetheilten Anfangsworten ſcheinbar eine ganz allgemeine Regel aufſtellend, doch in ſeinem Fortgange nur von Obligationen. Es ſagt:

ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.

Ebenſo ſprechen andere Stellen die Regel nur für das Contrahiren, alſo das in hiſtoriſch ganz feſte Grenzen geſchloſſene Begründen gewiſſer civilrechtlicher Obligationen aus:

6) Baron Geſammtrechtsverhältniſſe (1864) S. 95; in Ihering's Jahrb. VII (1865) S. 57. 140 ff.; Pandekten (1872) § 118 S. 252.

Digitized by Google

fr. 100 de reg. iur. (Gaius lib. 1 reg.): Omnia quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt.

fr. 80 de solut. 46. 3 (Pompon. lib. 4 ad Q. Muc.): Prout quidque contractum est, ita et solvi debet.

Auch jenes Paulinische fr. 153 cit., wenn es gleich in seinem weiteren Verlauf vom „adquirere“ und „amittere“ redet, spricht zunächst nur vom „obligari“ und „liberari“, und sagt auch überhaupt nur, daß die modi in contrarium acti: „fere“ („in der Regel“) solche liberirende Kraft haben. Wollen wir also in Betreff des Anwendungsgebiets der Regel vom in contrarium actum sicher gehen, so dürfen wir nicht gleich den in der Weise der römischen Juristen sorglos definirenden Ulpian beim Worte nehmen und aus seiner Fassung: „eo genere quidque dissolvere quo colligatum est“ den Beweis führen wollen, daß der Satz vom Umschlag ins Gegentheil bei den Römern eine allgemeine Anwendbarkeit gehabt habe. Wir dürfen vielmehr seine Gültigkeit als zweifellos constatirt vorerst nur auf dem Gebiete annehmen, von welchem die römischen Juristen beim Vortrage jenes Satzes speciell reden. Das ist das Gebiet der Obligationen, und zwar im Genaueren der Contractsobligationen[7]).

7) Ich halte es danach nicht für zulässig, mit Savigny Syst. IV S. 543. 544 unsere Regel gleich von vorn herein auf „Willenserklärungen“ zu beziehen und anzunehmen, daß sie „durch entgegengesetzte Willenserklärung mit vollständiger Wirkung aufgehoben werden können, wofern die aufhebende Erklärung gleiche Form habe mit derjenigen, wodurch das aufzuhebende Rechtsverhältniß entstanden sei.“ — Savigny nimmt dann weiter an, daß es von dieser so gefaßten Regel „mehrere ganz positive Ausnahmen“ gebe, und darunter rechnet er den Punkt, daß die aus Diebstahl oder Injurie entstandene Obligation durch nudum pactum dennoch ipso iure aufgehoben wurde, weil das pactum dabei in den 12 Taf. erwähnt war; fr. 17 § 1 de pact. 2. 14: quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur: ut iniuriarum, item furti; fr. 27 § 2 eod.; l. 13 C. de furtis 6. 2. — Aber die Injurien- oder Diebstahlsklage ist keine Klage aus einer „Willenserklärung“ [fr. 27 § 2 cit.: non enim ex pacto iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia], und das sie aufhebende pactum nicht „id genus dissolvendi quo colligatum est“; es kann also dieser Punkt nicht eine „Ausnahme“ jener von Savigny für „Willenserklärungen“ aufgestellten Regel sein.

Digitized by Google

Im Contractengebiet führen die Quellen unseren Satz in vier Anwendungen vor: der Realcontract wird durch reale Zahlung, die nexi obligatio durch nexi liberatio, die verborum obligatio durch acceptilatio, der Consensualcontract durch contrarius consensus aufgehoben. Bei der genaueren Betrachtung dieser vier Fälle müssen wir die drei ersten zusammenfassen, den vierten aber abgesondert untersuchen.

Von jenen drei ersten Punkten können wir den von der Tilgung des Realcontracts durch reale Rückleistung [8]) als wirklich auf einem „natürlichen" Princip ruhend bezeichnen. Die reale Nothwendigkeit der gegebenen ökonomischen Voraussetzungen bringt es mit sich, daß wir eine Darlehnsobligation nur durch reales dare des Geldes als begründet ansehen können [also die Annahme einer Darlehnsobligation ohne Geldempfang würde etwas juristisch „Künstliches" sein], und daß als die materielle Lösung der Darlehnsobligation nur die reale Rückzahlung des Geldes gelten kann [also eine zugelassene Lösung der Darlehnsobligation ohne Geldrückzahlung stellt sich wiederum als etwas juristisch Künstliches heraus]. Wir können diesen Satz im Sinn der römischen Juristen als auf naturalis ratio beruhend bezeichnen.

Aber hiemit sind wir mit dem wirklich „natürlichen" Elemente für unsere ganze Frage schon wieder zu Ende. Bei den anderen beiden Punkten, der Aufhebung der nexi obligatio durch nexi liberatio und der verborum obligatio durch acceptilatio, handelt es sich um ein nicht etwa real-natürlich Gegebenes, sondern umgekehrt formalistisch-Künstliches. Man kann allerdings sagen, daß in Zeiten, wo das Rechtsleben noch in den solennen Formalacten seinen eigentlichen Schwerpunkt sucht, es für die Rechtsbildung sehr „nahe liegend" und „passend" erscheint, daß man das Rechtsverhältniß in derselben Form untergehen läßt, in der es entstanden war, um damit gleich äußerlich hervortreten zu lassen, daß dieselbe Kraft, die das Verhältniß geschaffen hat, meist auch im Stande ist, dasselbe wieder aufzuheben. Es sei erlaubt, diesen Gesichtspunkt die „Opportunität der Correspondenz der Formen" zu nen-

8) Das fr. 80 de solut. fährt fort: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat.

Digitized by Google

nen. Man kann auch sogar zugeben, daß selbst heutzutage, wo wir die Periode des solenn-formalistischen Rechtswesens lange hinter uns haben, die Gesetzgebung in gar manchen Fällen passender Weise gleiche Form für die Tilgung wie für die Begründung vorschreiben, also z. B. bestimmen wird, daß manches vor Gericht Constituirte nur vor Gericht widerrufen werden kann, über ein gewisses schriftlich aufgenommenes Schuldverhältniß schriftlich quitirt werden muß, u. s. w. Aber in solchen s. g. „sehr natürlichen" Vorschriften handelt es sich immer nur um legislative Opportunitäten, und es ist wissenschaftlich schadenbringend, dergleichen mit dem Gebiete des wirklich Natürlichen, d. h. des vor und abgesehen von der Rechtssatzung in den menschlichen Verhältnissen kraft eigener organischer Realität Bestehenden, zu verwechseln und zu vermischen.

Die Opportunität der Correspondenz der Formen ist es nun übrigens nicht allein, was, als in dem Aufhebungsmodus der nexi und verborum obligatio durch nexi liberatio und acceptilatio liegend, in Betracht kommt. Vielmehr ist für ihre Gestaltung noch ein anderer Gesichtspunkt der ganz überwiegende gewesen. Die nexi liberatio ist nicht bloß darin charakterisirt, daß sie ein umgedrehtes per aes et libram gerere, die acceptilatio, daß sie ein Aussprechen conträrer Worte sei. Vielmehr ruhen beide noch auf einem ganz besonderen Gedanken, und zwar ist dieser Gedanke bei beiden derselbe. Beide, die nexi liberatio und die acceptilatio, sind eine imaginaria solutio, und gerade darin [mithin in dem Moment, daß sie nicht ins Gegentheil umgedrehte Eingangsformen, sondern imaginäre Zahlung des Geschuldeten, also die Imaginirung der realen Ausgangsgestalt einer Obligation sind] liegt der eigentliche Schwerpunkt ihrer tilgenden Kraft. Hören wir darüber die Darstellung des Gaius:

> Gai. III 168: Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debeatur: .... 169. Item per acceptilationem tollitur obligatio: acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio: quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri ut patiaris haec verba me dicere: 'quod ego tibi promisi, ha-

Digitized by Google

besne acceptum'? et tu respondeas: 'habeo'. 170. Quo genere, ut diximus, [tantum hae obligationes solvuntur, quae ex verbis consistunt], non etiam ceterae: consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi[9]) .... 173. [Est] etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram: quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum esset, sive quid ex iudicati causa debitum sit. 174. Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens: deinde is qui liberatur ita oportet loquatur: 'quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra: hanc tibi libram primam postremamque expendo' .... deinde asse percutit libram eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa.

Wir ſehen hieraus, daß nicht etwa die Römer den Beſtand einer feſten allgemeinen Rechtsregel über das eo genere dissolvere quo colligatum est annahmen, aus der dann einfach zu folgern geweſen wäre, daß man jeden Contract, und ſo insbeſondere auch die verborum obligatio, durch umgedrehte Eingangsform für aufgehoben erklären könne[10]). Vielmehr handelt es ſich lediglich um einzelne ſpeciell durch Gewohnheitsrecht recipirte Fälle [certis in causis receptum est, — consentaneum visum est], in denen man die Möglichkeit einer imaginaria solutio zugelaſſen hat. In dieſer imaginaria solutio liegt das Moment der til-

9) Gaius ſpricht hier alſo in Betreff der acceptilatio ganz daſſelbe aus, was Ulpian im fr. 35 de reg. iur. ſagt, der, nach den oben mitgetheilten allgemeinen Worten über das eo genere dissolvere quo colligatum est, hinzufügt: ideo verborum obligatio verbis tollitur. Vgl. auch fr. 8 § 3 de accept. 46. 4; § 1 J. quib. mod. obl. toll. 3. 29. — Ganz gleichartig wurde gewiß, obgleich die Quellen dieſen Punkt nicht beſonders hervorheben, die Tilgung der literis obligatio durch das dem expensum latum correſpondirende acceptum ferre behandelt.

10) So ließen, wenn wir bloß die in Anm. 9 erwähnten Quellenwerke beſäßen, ſie ſich leicht mißverſtehen.

Digitized by Google

genden Kraft, und man formulirte sie, — gemäß der Opportunität der Correspondenz der Formen (consentaneum), — in der Weise, daß man in Nachbildung der Contrahirungsform: gegenüber der nexi obligatio unter Ausspruch bestimmter Worte ein As veluti solvendi causa reell zurückzahlen, gegenüber der verborum obligatio in bestimmter Wortform den reellen Empfang (acceptum) des Geschuldeten aussprechen ließ.

IV.

Bis jetzt haben wir als das Anwendungsgebiet der Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est constatirt: Die Lösung des Realcontracts durch reale Rückleistung und die Aufhebung der nexi und verborum obligatio durch imaginäre Leistung.

Die Geltung der imaginaria solutio hat jedenfalls ein sehr hohes Alter. Man möge sich nicht in der Richtung täuschen lassen, daß man auch gleich der rechtlich anerkannten Geltung des auf naturalis ratio ruhenden Satzes von der Aufhebbarkeit des freien und formlosen Realcontractes durch reale Rückleistung — ein ebenso hohes Alter vindiciren wolle. Die Realcontracte sind in der älteren Zeit ganz oder fast ganz in Formalacte eingekleidet gewesen und damit zum Theil über ihren natürlichen Inhalt hinausgetrieben worden.

Depositum, (Commodat), Pignus waren im alten Rechte solenn constituirbar durch Mancipation der Sache mit Fiducia der Remancipation [10a]). Damit aber wird die Frage dem Anwendungsgebiete unserer Regel entrückt. Es handelt sich nicht mehr bloß um eine Obligation

10a) Gai. II 60: Sed cum fiducia contrahatur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quod tutius nostrae res aput eum essent, cet. — Boethius ad Cic. Top. c. 10 (lib. IV Orell. p. 340): Fiduciam vero accepit, cuicunque res aliqua mancipatur ut eam mancipanti remancipet: velut, si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat. haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur.

Digitized by Google

und einen in der Form der Contrahirung vorgenommenen Lösungsact, sondern es handelt sich in erster Linie um Eigenthumsübertragung und nachher Remancipation, durch welche letztere freilich die contrahirte fiducia wirklich erfüllt wird, durch die aber nicht die frühere Eigenthumsübertragung gelöst, sondern dem Rückerwerber neues Eigenthum an der speciellen Sache gegeben wird. Also der naturale Zusammenhang zwischen realer Leistung und realer Rückleistung ist hier künstlich ganz zerrissen, es handelt sich auch gar nicht um einen bloßen Lösungsact. Danach liegt dieser Zusammenhang der Mancipation und Remancipation ebenso sehr außerhalb des Rahmens unserer Regel[11]), wie die Novation, in der allerdings eine alte Obligation getilgt wird, aber durch das Mittel einer Neuschöpfung[12]).

11) Unrichtig Glück-Mühlenbruch XXXVIII S. 252. 253. — Gleichartig ist denn auch die Verwendung von mancipatio und remancipatio in den Familienverhältnissen zu beurtheilen. Gai. I 137a: Item r[emancipatione] desinunt in manu esse, et cum ex remancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur. Festus v. Remancipatam Gallus Aelius esse ait, quae mancipata sit ab eo, cui in manum convenerit.

12) Aus denselben Gründen ist es auch (außerhalb des Gebiets des Obligationenrechts) nicht möglich, die Frage von der Aufhebung eines Testamentes durch Errichtung eines neuen unter die Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est zu bringen. Sie fällt nicht unter den Gesichtspunkt der lediglich negativen Tilgung auf dem Begründungswege, sondern unter den ganz anderen der Tilgung durch Neuschöpfung. Man kann hiernach der Ansicht Mühlenbruch's (Glück-Mühlenbruch XXXVIII S. 252. 253. 261) und Savigny's (Syst. IV S. 544 Anm. n) nicht beitreten, daß in der That die Aufhebung eines Testaments durch Errichtung eines neuen im römischen Rechte ein Anwendungsfall unserer Regel sei [Savigny geht sogar so weit, gerade in diesem Fall einen praetischen Ueberrest der alten Regel auch noch im heutigen Recht zu finden]. Wenn Theophilus bei der Frage von der Testamentsaufhebung durch Errichtung eines neuen den allgemeinen Spruch verwendet: τὰ γὰρ ἐννόμως γινόμενα ἐννόμως ἀνατρέπεσθαι δεῖ [legitime enim facta legitime etiam subverti debent] (Theoph. Paraphr. ad § 7 J. quib. mod. test. infirm. 2. 17), so ist damit keineswegs gesagt, daß das legitime subvertere eben jenes eo genere dissolvere quo colligatum est sei. — Von der früher herrschenden Auffassung aus, daß der Satz vom eo genere dissolvere quo colligatum est ein allgemein gültiger Rechtssatz sei, aus dem man nur beliebig die Einzelconsequenzen zu ziehen brauche, hat

Digitized by Google

Das unter den Realcontracten besonders hervortretende Geschäft, das Darlehn, war in älterer Zeit ganz überwiegend in das solenne Geschäft des per aes et libram gestum eingekleidet. So lange man sich nun in diesem per aes et libram gestum die Geldzahlung noch als wirkliches Erzabwägen zu denken hat, war allerdings das reale Geldhingeben und das reale Geldrückzahlen mit dem solennen Acte des per aes et libram gestum zusammenfallend. Als aber mit fortschreitender Entwicklung der Geldwirthschaft reales Geldzahlen und der formale Rechtsact des nexum in verschiedenen Wegen auseinander gingen, mußte sich eine Reihe von Fragen erheben, deren Beantwortung für uns eine sehr zweifelsvolle ist. Hat eine nexi obligatio, wenn die reelle Hingabe des zu leihenden Geldes nicht erfolgt ist, durchaus vollgültige Kraft? Bleibt eine nexi obligatio bei reell zurückgezahltem Gelde bis zum Eintritt der solennen nexi liberatio in voller Kraft? Kann eine verborum obligatio (die ja durch die, der nexi liberatio gleichartige, imaginaria solutio der acceptilatio tilgbar ist) mit ganz gleicher Kraft durch die wirkliche Geldzahlung (re) gelöst werden, oder mußte in älterer Zeit auch

man die (schon von Mühlenbruch verworfenen) Ansichten aufgestellt, daß man bei den Römern ein Mancipationstestament durch Remancipation habe widerrufen können (Mühlenbruch S. 254), daß man auch noch nach heutigem Recht ein Testament vor 7 Zeugen widerrufen könne (Mühlenbruch S. 292 ff.), daß ein testamentum ad pias causas schon vor 2 Zeugen widerruflich sei (Mühlenbruch S. 297). — Aber auch Mühlenbruch leidet an der Schwäche, daß er den, wirklich in unserem positiven Recht gegebenen, Punkt von der Widerruflichkeit des Testaments vor drei Zeugen mit Ablauf des Decenniums [nach l. 27 C. de test. 6. 23 „contrariam aperuit voluntatem"] auf unseren [in dieser Hinsicht als zweifellos unter „dem Charakter der Nothwendigkeit" gültige Rechtsregel aufgeführten, S. 252] Satz vom eo genere dissolvere quo colligatum est zurückführt. „Justinian wollte die Möglichkeit erleichtern, ein Testament zurückzunehmen ohne es zu vernichten. Aber er berücksichtigte zugleich die förmliche Natur des Geschäfts und die Regel nihil tam naturale est u. s. w." (S. 280). Indem aber Mühlenbruch hinzufügt, daß Justinian „eine leichtere Aufhebungsform substituirte", und daß es „ja nicht gerade nothwendig sei, daß die Regel: nihil tam naturale unabweichlich zur Anwendung komme" — so wird damit eben bethätigt, daß von der Geltung dieser Regel hier in Wirklichkeit nicht die Rede sein kann.

Digitized by Google

hier für den vollen juriſtiſchen Abſchluß zur realen Leiſtung noch die Form der acceptilatio hinzukommen?

Ich laſſe dieſe Fragen, da ſie für den Zweck dieſer Abhandlung nicht weiter in Betracht kommen, hier unbeantwortet, und hebe nur hervor, daß in der claſſiſchen Zeit für die letztaufgeworfene Frage zweifellos das Nebeneinanderſtehen vollgültiger Tilgung durch res und durch acceptilatio anerkannt iſt [13]).

Jedenfalls werden wir aber zu ſagen haben, daß von unſerem Satze des eo genere dissolvere quo colligatum est der ſich auf das künſtliche Löſen durch imaginaria solutio beziehende Theil in der älteren Zeit, im Verhältniß zum re contrahere und solvere, der bei weitem hervortretendſte geweſen ſein muß, unter dem das reine und freie re contrahere und solvere noch weſentlich juriſtiſch verdeckt war. Daraus erklärt ſich auch wohl die, gewiß altherkömmliche, Faſſung der Regel. Colligare und dissolvere bezeichnen recht eigentlich künſtliche Verknüpfung und künſtliche Aufknüpfung durch Rechtsform. Schwerlich würde man, wenn das reale Geldhingeben hiſtoriſch an der Spitze der traditionell fortgetragenen Regel geſtanden hätte, das als ein colligare bezeichnet haben. —

Dürfen wir nun alſo ſagen, daß wir in der imaginaria solutio der nexi und verborum obligatio wirklich den geſchichtlichen Anfangspunkt der römiſchen Rechtsanſchauung zu ſuchen haben, die für die Til-

---

13) Das fr. 80 de solut. (Anm. 8) fährt weiter ſo fort: et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. So wie beim Realcontract das reelle Leiſten die „natürlich" der realen Begründung entſprechende Tilgung der Obligation iſt, ſo iſt überhaupt für alle Obligationen das reelle Leiſten der „natürliche" (nur nicht weiter der Eingehung correſpondirende) Tilgungsmodus [womit aber nicht geſagt iſt, daß dieſer natürliche Tilgungsweg auch ſchon von jeher den ſolenn begründeten Obligationen gegenüber volle civile Rechtsgültigkeit gehabt habe]; fr. 107 de solut. (Pompon.): Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter: naturaliter veluti solutione . . .: civiliter veluti acceptilatione. — Vgl. auch Fitting Correalobl. (1859) S. 44 Anm. 50.

Digitized by Google

gung gewiſſer Rechtsverhältniſſe die Verwendung der Eingehungsform paſſend (consentaneum) fand? — Das doch wieder nicht.

Wir werden dieſen Punkt allerdings als ein ſelbſtändiges der alten Zeit angehöriges Moment anerkennen müſſen, und zwar als dasjenige, an welches ſich die Weiterentwicklung der Regel für die ſpätere Zeit angeknüpft hat. Aber das alte Recht bietet uns außerdem einen anderen, vielleicht noch älteren Punkt, in dem wir deutlich ſchon aus den verwendeten techniſchen Ausdrücken die gleiche Rechtsanſchauung hervortreten ſehen. Es iſt die Begründung und Löſung der Ehe durch confarreatio und diffarreatio [14]). Mehr aber darüber mit Sicherheit feſtzuſtellen, geſtattet uns der Zuſtand unſerer Quellen nicht. Nur Folgendes mag vermuthungsweiſe hier ſeine Stelle finden. Unſere Regel iſt in ihrer Verwendung bei nexi und verborum obligatio gar nicht darauf gerichtet, daß man einfach mit umgedrehter Eingehungsform die begründete Obligatio widerrufen kann. Sie ſetzt, als Nachbildung der materiellen Zahlung, das zwiſchengeſchobene Moment der imaginaria solutio voraus. Auf dies zwiſchengeſchobene Moment iſt, als auf den eigentlich tilgenden Punkt, die umgedrehte Eingehungsform gerichtet. Ebenſo wird man ſchwerlich im alten Rom die Anſchauung gehabt haben, daß bloß die Form der diffarreatio die Kraft habe, die confarreirte Ehe zu löſen. Vielmehr wird auch hier gefordert worden ſein, daß das materielle Band der communio sacrorum [15]) einer entſprechenden Löſung bedürfe (ein genus sacrificii, quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio) und dieſer Löſung wird man die der Eingehungsform (solenni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur) correſpondirende Geſtalt (dicta diffarreatio, quia fiebat farreo libo adhibito) [16]) gegeben haben.

Im Hinblick auf dieſe dem alten Recht angehörigen Fälle der confarreatio und diffarreatio einerſeits, ſowie der nexi und verborum obligatio mit gegenüberſtehender imaginaria solutio andererſeits, kön-

14) Vgl. die Quellenſtellen bei Danz R. R.G. (2 Aufl.) S. 153. 154. 158. 159.

15) S. darüber Danz a. a. O. S. 154.

16) Vgl. Ulp. IX mit Paul. Diac. v. diffarreatio.

Digitized by Google

nen wir den Beſtand unſerer Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est für die alte Zeit ſo bezeichnen: ſie war, wenn auch ſchon den Fall der natürlichen Wechſelbeziehung von Leiſtung und Rückleiſtung bei Realcontracten in ſich bergend, vorzugsweiſe die theoretiſche Zuſammenfaſſung gewiſſer in der Form einander correſpondirender Acte der Begründung und Auflöſung. Aber gerade in dieſer ihrer Richtung auf die Form liegt nur ein Moment der in gewiſſen Fällen und zu gewiſſen Zeiten beſtehenden Opportunität. Keineswegs exiſtirt dafür eine innerlich nothwendige ratio, der zufolge wir etwa noch heutzutage von unſerer Geſetzgebung fordern müßten, daß z. B. eine Ehe nur in der Form geſchieden werden dürfe, in der ſie eingegangen iſt [17]), oder ein Teſtament nur in der Form widerruflich wäre, in der es errichtet worden iſt.

17) Ueber die römiſche Eheſcheidungsform von Auguſtus bis Juſtinian ſ. beſ. Schleſinger in d. Zeitſchr. f. R. G. V (1866) S. 193 ff. Die Formvorſchrift beſtand darin, daß der (ſeinem Weſen nach einſeitige) Act des repudium als ausdrückliche Willenserklärung [Schleſinger S. 205] vor ſieben [Schleſinger S. 201 Anm. 26] Solennitätszeugen vollzogen und an den anderen Ehegatten gerichtet [Schleſinger S. 206—208] werden mußte. Beſtimmte Wortformeln: „tuas res tibi habeto“, „tuas res tibi agito“ (fr. 2 § 1 de divort. 24. 2) waren Sitte, aber nicht nöthig [Schleſinger S. 194 ff.]. Ebenſo war der von den 7 Zeugen unterzeichnete Scheidebrief eine ſehr erklärliche äußere Geſtaltung, aber nie Formvorſchrift des Repudium [Schleſinger S. 203 ff.]. Ausdrücklich ſagt von dieſer Formvorſchrift der 7 Zeugen (fr. 9 de divort.) die Nov. Theod. XII 1 pr. (l. 8 pr. C. de repud. 5. 17), daß ſie abſichtlich der Eingehungsform der Ehe nicht correſpondiren ſoll: Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi praecipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse, favor imperat [? Schleſinger S. 204 Anm. 29] liberorum. — Dieſe Formvorſchrift galt auch für das divortium bona gratia bezw. communi consensu [Schleſinger S. 209 ff.]. Juſtinus II hat in Nov. 140 die divortia communi consensu uneingeſchränkt wieder erlaubt, und motivirt dieſe Erlaubniß mit den Worten (c. 1): εἰ γὰρ ἀμοιβαδὸν ἡ διάλυσις τοὺς γάμους συνίστησιν, εἰκότως ἐναντία γνώμη τούτους κατὰ συναίνεσιν διαλύει, τῶν ταύτην δηλούντων στελλομένων διαζυγίων [nam si mutua affectio nuptias facit, merito easdem contraria sententia consensu solvit, cum missa repudia eum declarent]. Darin liegt allerdings eine Hinweiſung auf unſere Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est, — aber eine unrichtige. Denn, wie Schleſinger S. 216. 217 treffend hervorhebt, iſt es in Wirklichkeit doch nicht ein Vertrag, was das Weſen

Digitized by Google

V.

Es bleibt von den vier Fällen des Contractenſyſtems, auf welche die Quellen den Satz vom eo genere dissolvere quo colligatum est beziehen, noch die Betrachtung des vierten Punktes übrig: der Conſenſualcontract wird durch contrarius dissensus aufgehoben [18]).

Für die dogmatiſche Erklärung dieſes Punktes treten uns ganz andere Momente, als im Bisherigen, entgegen. Während wir bei der Aufhebung des formellen Contractes durch umgekehrte Form gerade in der Gemeinſamkeit der Form das poſitive erklärende Element vor uns hatten, wird hier eine Gemeinſamkeit der Nichtform vorausgeſetzt, alſo ein Negatives, aus dem an ſich keine Erklärung entnommen werden kann. Danach wird die Sachlage eine völlig andere. Wir haben geſehen, daß bei der formellen Aufhebung formeller Contracte die Römer die Sache nicht ſo aufgefaßt haben, daß in der Form ſelbſt die tilgende Kraft liege, ſondern daß letztere durch die (in die Form der Contractseingehung gekleidete) imaginaria solutio gewonnen werde [19]). Bei dem

des divortium communi consensu ausmacht, ſondern die in dem consensus enthaltenen einſeitigen Willenserklärungen beider Theile, weßhalb denn auch der vor 7 Zeugen ausdrücklich erklärte Scheidungswille des Einen Ehegatten genügt.

18) Das fr. 80 de solut. (Anm. 13) fährt fort: aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest. Ebenſo ſagt das fr. 35 de reg. iur.: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur. L. 1. 2 C. quando lic. ab emt. 4. 45. § 4 J. quib. mod. obl. toll. 3. 29.

19) Dies Moment iſt namentlich für unſer heutiges Recht im Auge zu behalten. Die acceptilatio hat auch im Juſtinianeiſchen Recht noch immer das materielle Element in ſich, daß ſie auf dem Parteiwillen ruhende imaginirte Zahlung oder: vertragsmäßiges Empfangsbekenntniß ohne Geldempfang iſt. Aus dieſem Grundſatze werden denn auch wichtige Einzelconſequenzen gezogen: a) fr. 16 de solut. 46. 3: sub condicione debitori si acceptum feratur, postea condicione existente intelligitur iam olim liberatus, da ja auch für eine bedingte Schuld ſchon im Voraus eine solutio re erfolgen kann; b) fr. 5 de acceptil. 46. 3: in diem acceptilatio facta nullius momenti est: nam solutionis exemplo acceptilatio solet liberari; c) fr. 16 pr. de accept. Acceptilation gegen Einen von mehren Correalſchuldnern wirkt auch

Digitized by Google

contrarius consensus der Consensualcontracte ist nicht daran zu denken, daß derselbe auf eine, in Formlosigkeit auftretende, imaginäre Zahlung zurückzuführen wäre. Worin liegt nun aber hier die tilgende Kraft?

Wir kommen von selbst zu der Annahme, daß bei dem contrarius consensus, da das erklärende Moment nicht in einer außerhalb der Contrahirung (imaginär) gesetzten Zahlung liegt, es schon innerhalb des Contrahirungs-Elementes gegeben sein muß. In dem Consensualcontract hat für die positiv anerkannten Fälle der Individualwille die volle Freiheit, ohne Beschränkung durch irgendwelche Form seine Satzung zu fixiren. So weit in dem einzelnen Contractsfalle der irgendwie geäußerte Wille reicht, so weit gilt er. Dies treibt von selbst auch zu der negativen Seite; in der Zulassung des contrarius consensus liegt, daß wenn die Contrahenten einig werden in der formlosen Constatirung, daß ihr früher gesetzter Wille nicht mehr bestehe, auch dies gültig sein soll.

Also im contrarius consensus liegt keine Imaginirung der Erfüllung der geschlossenen Obligation, sondern umgekehrt ein Zurückgehen auf den die Obligation begründenden Willen der Contrahenten, eine Erweiterung dieses Willens, eine Zulassung des Wechsels der Ansichten. Da die Umstände vielfach dahin treiben, daß die Parteien das Geschlossenhaben des Geschäftes reuet, so ist dies Offenstehen des contrarius consensus die den sich einigenden Parteien gewährte Freiheit, den frü-

---

auf die anderen: ceteri quoque liberantur, non quoniam ipsis accepto latum est, sed quoniam velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est. Dies, daß „acceptilatio solutioni comparatur" (fr. 7 § 1 de liber. leg. 43. 3), liegt in dem (durch positives Recht anerkannten) Parteiwillen des Empfangsbekenntnisses ohne Geldempfang, nicht in der Form der Stipulation. — Nachdem nun die obligatorischen Tilgungsacte aus dem Justinianeischen in unser deutsches Rechtsleben herübergezogen sind, kann man nicht mit Arndts P. § 267. 1. d sagen: „im heutigen Rechte ist mit der Stipulation auch die Acceptilation verschwunden", sondern: mit Abstreifung der Stipulationsform, in der das tilgende Element gar nicht lag, ist heutzutage überhaupt das formlose vertragsmäßige Empfangsbekenntniß ohne Geldempfang gültig. Nach deutscher Sitte ist die Quitungsausstellung die gewöhnliche Art solchen Empfangsbekenntnisses. — Vgl. auch Windscheid P. (4 Aufl.) II § 357. 5.

Digitized by Google

her gesetzten Willen nunmehr, in Gemäßheit ihres Wechsels der Ansichten, auch rechtlich als einen nicht vorhandenen zu constatiren. In Folge der Geltung des Consensualcontractes ist den Individuen (in diesem bestimmten Gebiet) die Freiheit gegeben, ihren irgendwie festgestellten Willen gelten zu lassen; durch den contrarius consensus haben sie auch die Freiheit erhalten, ihren Willenswechsel gelten zu lassen. Der contrarius consensus enthält die Zulassung eines Reucontractes, er ist in diesem Gebiete eine Erweiterung des Kreises der Individualfreiheit.

Daß die Römer dies in der That so auffassen, sehen wir mit Sicherheit aus der Beschränkung, die sie der Admission des contrarius consensus beifügen. Wenn nicht mehr res integra, also aus dem geschlossenen Consensualcontract schon theilweise geleistet worden ist, so hat sich damit der reale öconomische Status unter den Parteien in entscheidender Weise umgestaltet. Bei theilweiser „res secuta" würde es sich nicht mehr um bloße Erklärung des gesetzten Willens als eines nichtgeschehenen handeln, sondern um Rückgängigmachung (rursus praestitis) einer rechtsgültig aus dem früher gesetzten Willen erfolgten Leistung. Damit aber wird das widerrufende Geschäft ein rescindirendes (in integrum restituirendes). Es ergiebt sich also ein juristisch innerlich von jenem Widerruf völlig verschiedenes, das einer ganz anderen Motivirung, aber auch zu seiner Geltung einer ganz selbständigen positivrechtlichen Basis bedarf. Indem die Römer diese Geltung abweisen, zeigen sie, daß es ihnen bei Zulassung des contrarius dissensus lediglich auf Erweiterung der Willensfreiheit der Contrahenten, soweit es sich rein um den gesetzten Willen handelt, ankam. Durch Zulassung der Consensualcontracte wurde den Parteien die Rechtsgültigkeit ihrer einmaligen formlosen Willenseinigung, durch Zulassung des contrarius consensus auch die Rechtsgültigkeit ihrer Willensdauer gewährt, also die Möglichkeit, ihren früher geeinten Willen in neuer formloser Einung als nie vorhandenen hinzustellen[20]).

20) Fr. 58 de pact. 2. 14 (Nerat.): Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eo-

Digitized by Google

Wir können alſo ſagen: die acceptilatio bezieht ſich auf das Ende der Obligation, der contrarius consensus auf den Anfang. Die acceptilatio iſt die vertragsmäßige Feſtſtellung, daß das geſchuldete Object, ohne wirklich gezahlt zu ſein, als geleiſtet angenommen wird; der contrarius consensus iſt die vertragsmäßige Feſtſtellung, daß die contrahirte Obligation, da der Wille der Contrahenten nicht fortdauert (alſo gewiſſermaßen kein ganz ernſtlicher war), als nicht geſchloſſen angenommen wird. Die acceptilatio ſetzt den gültigen Beſtand der Obligation voraus, der contrarius consensus negirt ihn.

Freilich aber: da der contrarius consensus ein formloſer iſt, alſo, wofern er nur aus den Umſtänden ſicher conſtatirt werden kann, ſich ohne Schaden in ein ſcheinbar täuſchendes Gewand kleiden läßt, ſo iſt

rum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. Aristoni hoc amplius videbatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitissem et eum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitissem, pretium mihi non dares, tuque mihi ea praestitisses: pretium te debere desinere, quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit [Ariſto argumentirt hier, völlig unhiſtoriſch und unciviliſtiſch, lediglich aus dem allgemeinen Geſichtspunkt der bona fides], nec quicquam interest, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restitutis his, quae ego tibi praestitissem, consentiremus, [ne quid tu mihi eo nomine praestares. — illud plane [hier fährt Neratius fort] conventione, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu quod iam ego tibi praestiti contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituantur. Fr. 2 de rescind. vend. 18. 5 (Pompon.): Si quam rem a te emi, eandem rursus et pluris minorisve emero, discessimus a priore emptione (potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emptio), atque ita consistit posterior emptio, quasi nulla praecesserit, sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum emptione repetita, cum post pretium solutum infectam emptionem facere non possumus. Fr. 3 pr. eod. (Paul.): Emptio et venditio sicut consensu contrahitur ita contrario consensu resolvitur antequam fuerit res secuta [weitere Anwendung auf die Rechtsſtellung des fideiussor; vgl. fr. 95 § 12 de solut. 46. 3]. Fr. 5 § 1. 2 de rescind. vendit. 18. 5 (Julian.).

Digitized by Google

es möglich, daß eine einem Conſenſualcontract gegenüber vorgenommene Acceptilation deutlich den Willen des Nichtbeſtandes der Obligation ergiebt. Alsdann iſt ſie als contrarius consensus zu interpretiren, und der Conſenſualcontract iſt, wofern nur noch res integra war, als nicht geſchloſſen zu betrachten. Dies erkennen ſchon die Römer an.

> Fr. 5 pr. de resc. vend. 18. 5 (Iulianus): Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio [accedat: itaque acceptilatio ins. Mommsen] in hac causa non sua natura sed potestate conventionis valet.
>
> Fr. 23 de acceptil. 46. 4 (Labeo): Si ego tibi acceptum feci, nihilo magis ego a te liberatus sum. Paulus: immo cum locatio conductio, emptio venditio conventione facta est et nondum res intercessit, utrimque per acceptilationem, tametsi ab alterutra parte dumtaxat intercessit, liberantur obligatione[21]).

Dies iſt der Punkt, der in unſerem heutigen Rechte ein beſonders weites Anwendungsgebiet findet. Da heutzutage die Conſenſualverträge die Regel bilden, und das jetzige Anwendungsgebiet des contrarius consensus dem der heutigen Conſenſualverträge entſpricht, ſo wird in der Regel jede Quitungsausſtellung oder ſonſtiges vertragsmäßiges Empfangsbekenntniß ohne Geldempfang non sua natura sed potestate conventionis ſo zu interpretiren ſein, daß die Parteien obligatione libe-

---

21) Auch gegen eine re obligatio wurde eine, wenigſtens per exceptionem wirkſame, acceptilatio zugelaſſen; fr. 19 pr. de acceptil. (Ulp.): Si accepto latum fuerit ei, qui non verbis sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest. Ebenſo wird auch bei einem Conſenſualcontract re secuta, z. B. wenn nach erfolgter Leiſtung des Verkäufers der Kaufpreis noch ausſteht, aus der gegen dieſe Kaufpreisſchuld gerichteten acceptilatio eine doli exc. gegeben worden ſein.

Digitized by Google

rirt werden. Aber man darf damit doch nicht für unſer heutiges Recht die Acceptilation mit ihrer juriſtiſch-eigenthümlichen Wirkung als in dem contrarius consensus aufgegangen betrachten. Es kann deutlich der Parteiwille erſichtlich ſein, auch re nondum secuta bei einer den Einen Punkt des obligatoriſchen Verhältniſſes betreffenden zahlungmangelnden Quitungsausſtellung den juriſtiſchen Beſtand des ganzen obligatoriſchen Verhältniſſes nicht alteriren zu wollen. Ferner aber: wenn bei dem Conſenſualvertrage ſchon res secuta iſt (z. B. wenn der Verkäufer nach Erfüllung aller ſeiner Verbindlichkeiten dem Käufer rückſichtlich des Kaufpreiſes zahlungmangelnde Quitung ausſtellt; vgl. Anm. 21), ſo iſt die Annahme eines contrarius consensus ganz unmöglich, und es gilt auch noch im heutigen Recht das Acceptilationsrecht d. h. das Recht vertragsmäßig-gültigen, jetzt ipso iure wirkenden, Empfangsbekenntniſſes ohne Geldempfang. Und endlich: bei empfangenem Darlehn, wo eben ſchon im Contrahiren res secuta iſt, kann eine vom Darlehnsgläubiger ausgeſtellte zahlungmangelnde Quitung immer nur als Acceptilation unſeres heutigen Rechtes, die ipso iure [nicht mehr per exceptionem, vgl. Anm. 21] tilgt, nicht aber die Darlehnsobligation infectam facit, beurtheilt werden [22]).

---

22) Arndts P. § 267. 1. d, der die Acceptilation mit der Stipulation im heutigen Rechte als verſchwunden betrachtet (ſ. oben), ſagt: „Die Regel unter a [d. h. unſere Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est] findet nun auf alle Vertragsobligationen Anwendung.“ Aber damit fehlt uns noch die genauere Auseinanderſetzung, wann heutzutage der Parteiwille infectam obligationem macht (contrarius consensus), wann er die aus der beſtehenden Obligation hervorgehende Forderung ohne Zahlungsempfang ipso iure tilgt (Acceptilation des practiſchen Rechts). — Neben dieſer Acceptilation unſerer Gegenwart ſteht dann noch der auf den Inhalt eines bloßen pactum de non petendo gerichtete Parteiwille, der aber (um nicht durch die Annahme eines contrarius consensus oder einer Acceptilation abſorbirt zu werden) deutlich den ſchwächeren Willensinhalt der Parteien ergeben muß. — Auf die verſchiedenen in dieſem Gebiet aufgeſtellten Anſichten gehe ich hier nicht ein; vgl. darüber Arndts a. a. O.

Digitized by Google

VI.

Woher ist nun der Satz, daß nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur ins römische Recht gekommen?

Die vorstehende Darstellung des Inhalts dieses Satzes hat schon gezeigt, daß wir es mit einer Bestimmung von ganz feststehender und festbegränzter positivrechtlicher Geltung zu thun haben. Wir haben gesehen (Anm. 20), daß der Versuch des Aristo, aus dem leicht verschwimmenden und dehnbaren Gesichtspunkte der bona fides ihn über die Gränze der res secuta hinaus auszudehnen, bei den Römern keinen Anklang gefunden hat.

Oben ist nachgewiesen worden, daß man in Rom die Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est nicht so auffaßte, daß aus ihr, als aus einer allgemein gültigen Bestimmung, die Auflösbarkeit der nexi und verborum obligatio mittelst imaginärer Solution durch einfache Consequenzziehung zur Geltung gebracht werden könne. Vielmehr hat es für diese bestimmten einzelnen Fälle [certis in causis] der gewohnheitsrechtlichen Reception bedurft (receptum est, visum est). Vielleicht hat für die formelbildenden Juristen, die bei der Feststellung dieses receptum est geholfen haben, schon das uralte Gegeneinanderstehen von confarreatio und diffarreatio den Dienst einer wirksamen Analogie gethan, und damit diese Juristen zur Aufstellung der generalisirenden Regel veranlaßt, daß es „consentaneum" sei, gewisse obligatorische Verhältnisse in der Eingehungsform durch vertragsmäßiges Empfangsbekenntniß dissolviren zu können.

Was wir für diese ersten Anfänge nur vermuthungsweise hinstellen dürfen, legen uns in dem Stadium seiner Weiterentwicklung die Quellen mit voller Sicherheit vor Augen. Gerade unsere Regel ist es, aus deren innerer Opportunität („consentaneum", „naturale") man mit Hülfe der Analogie des über die imaginaria solutio schon Recipirten zur gewohnheitsrechtlichen Fixirung des Satzes vom contrarius consensus gelangte: nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est. ideo: 1) verborum obligatio verbis

Digitized by Google

tollitur, 2) nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur. Wenn das ideo für Nr. 1 nicht anders als auf Grund eines beſonderen „receptum est", „visum est" gilt, ſo kann es für Nr. 2 keine andere Bedeutung haben.

Wir ſehen hier einen höchſt charakteriſtiſchen Entwicklungsgang des römiſchen Rechts vor uns. Die Römer ſind oft und leicht zur Benutzung von Analogieen bereit. Aber ſie vergeſſen dabei nie, daß es zur Feſtſtellung des zu gewinnenden Punktes immer noch der poſitivrechtlichen Reception bedurfte. Freilich waren die römiſchen Juriſten, in Folge ihrer beſonderen Stellung zum Rechtsleben, behufs der Feſtſtellung ſolcher Reception eigenthümlich mitwirkſam. Aber das ändert an dem Umſtande ſelbſt nichts, daß für die Anwendbarkeit eines ſolchen Satzes, wie der vom contrarius consensus iſt, zunächſt das „constare" ſicher ſein mußte[23]). Und wenn auch zufällig in den Stellen der Juriſten, die uns davon aufbewahrt ſind, ſolche Ausdrücke wie „receptum est" nicht vorkommen, wir vielmehr den Satz bisweilen einfach als einen feſtſtehenden vorgetragen finden [fr. 5 § 1 de resc. vend. (Iulian.): emptio nuda conventione dissolvitur, si res secuta non fuerit], ſo kann doch bei der Gleichſtellung deſſelben mit der imaginaria solutio über dieſe ſeine wirklich gewohnheitsrechtliche Geltung im römiſchen Rechtsleben kein Zweifel ſein[24]). —

---

23) Vgl. l. 2 C. quando lic. ab emt. 4. 45 (Dioclet.): Perfectam emtionem atque venditionem re integra tantum pacto et consensu posse dissolvi constat. Fr. 58 de pact. (Anm. 20): dubium non est.

24) Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß [allerdings in einer gewiſſen Verwandtſchaft mit jener Anſicht des Ariſto Anm. 20] ſich die Tendenz findet, den ſelbſtändigen Rechtsſatz vom contrarius consensus in theoretiſche Beziehung zu ſetzen zu dem ganz anderen Rechtsſatze, daß das nudum pactum nicht obligationem wohl aber exceptionem parit [fr. 7 § 4 de pactis 2. 14; — vgl. die daraus abgeleitete Conſequenz, für die Diſſolution von pactum durch pactum, unten Anm. 26], und daß den bonae fidei contractus die „exceptiones [pactiones?] postea factae insunt." Fr. 7 § 6 de pact. (Ulpian.): Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones [pactiones? vgl. die Mommſen'ſche Ausgabe] postea factae, quae ex eodem sunt contracta, insunt, ut constet [hier gebraucht Ulpian den auch von der Codexſtelle in

Digitized by Google

Wir sind nunmehr in den Stand gesetzt, die ganze Bedeutung dieser im römischen Contractensystem vorgegangnen Entwicklung in kurzen Zügen zusammenzufassen. Die Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est vereinigt in sich drei recht disparate Dinge: den ewig unwandelbaren Satz, daß beim freien Realcontract die reale Rückleistung der realen Hingabe naturali ratione correspondirt; den sehr wandelbaren Opportunitätssatz, daß gewissen Formalcontracten gegenüber das zahlungmangelnde Empfangsbekenntniß in die correspondirende Contractsform gekleidet werden muß; und den eine Erweiterung der contractlichen Willensfreiheit gewährenden Satz, daß Consensualcontracte re non secuta durch Parteieinigung für nichtgeschlossen erklärt werden können. Namentlich muß man sich vor dem Irrthum hüten, daß diese Zusammenfassung für alle drei Punkte aus dem Gesichtspunkt der Form[25]) gemacht worden sei. Die Correspondenz der realen Leistung bei den Realcontracten enthält gerade den Gegensatz der Form, und der contrarius consensus bezeichnet die Correspondenz des Mangels der Form, welche nur dadurch bei den Römern den Schein einer festen Begrenzung erhielt, daß der Consensualcontract und somit der contrarius consensus lediglich in einigen wenigen bestimmten Fällen bei den Römern Zulassung gefunden hatte.

Daß man in dieser Weise die natürliche Wechselbeziehung zwischen Realleistung und Realrückleistung, die künstliche Wechselbeziehung zwi-

---

vorhergehender Note verwendeten Ausdruck] in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis (d. h. den Consensualcontracten) re nondum secuta posse abiri ab emptione. si igitur in totum potest, cur non et pars eius pactione mutari potest? et haec ita Pomponius l. 6 ad ed. scribit. quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat nondum re secuta eadem ratione. nam si potest tota res tolli, cur non et reformari? ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur. quod non insuptiliter dici potest. — Gleichartig nennt auch Paulus im fr. 27 § 2 de pactis den contrarius consensus das pactum conventum welches totam obligationem sustulerit, und baut sich damit die Brücke, um in fernerweiten Verabredungen theils einen ganz neuen Contract, theils einen alten renovatus contractus nachzuweisen.

25) Es lautet in unserer Regel nicht: „ea forma" sondern „eo genere".

Digitized by Google

ſchen Formalcontract und zahlungmangelndem Empfangsbekenntniß, und die formloſe Revocationsfreiheit formloſer noch unausgeführter Einigungen zuſammengeſtellt hat, ruht nicht auf einer vorhandenen gleichen ratio. Es giebt für dieſe Fälle kein gemeinſames Rechtsprincip. Aber die Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est hat, mir ſei der Ausdruck erlaubt, die Bedeutung eines hiſtoriſchen Princips. Sie bezeichnet eine den Römern, vielleicht ſchon von der alten confarreatio und diffarreatio her, traditionell eingelebte Anſchauungsweiſe, ein beliebtes Rechtsſprichwort. Aber dies Rechtsſprichwort hat nicht bloß den Dienſt einer anmuthenden Phraſe verſehen, es hat die wichtige Function erfüllt, der Träger und Vermittler einer bedeutſamen Entwicklung und Verfeinerung des römiſchen Obligationenrechts zu werden. An der Hand dieſer Regel hat das römiſche Recht die zwei Rechtsgeſchäfte, die einem feiner und freier entwickelten Rechte nicht fehlen dürfen, zur Geltung gebracht: die Tilgung von Forderungen durch zahlungmangelndes Empfangsbekenntniß, und die Revocation noch unausgeführter obligatoriſcher Verabredungen.

Dieſen hiſtoriſchen Dienſt, den die Regel im Obligationenrecht erfüllt hat, müſſen wir genau ſcheiden von der weiteren Verwendung, die ihr die Römer noch anderweit im Obligationenrecht (über das Contractenſyſtem hinaus) geben zur theoretiſchen Colorirung eines Punktes, der ſchon auf anderen Gründen der Geltung ruht, alſo nicht erſt durch Vermittlung dieſer Regel zur Geltung gebracht worden iſt.

Paul. sent. I 1 § 2: In bonae fidei contractibus pactum conventum alio pacto dissolvitur, et licet exceptionem pariat, replicatione tamen excluditur[26]).

Fr. 95 § 4 de solut. 46. 3 (Papin.): Naturalis obligatio

26) Der Rechtsſatz, auf den ſich die Römer rückſichtlich der Stellung von pactum zu pactum ſtützen, iſt der, daß das pactum: „exceptionem parit“ (vgl. Anm. 24). Fr. 27 § 2 de pact. 2. 14 (Paul.): Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur.

Digitized by Google

ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iure iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur. — —

Haben wir uns jetzt vergegenwärtigt, welche Bedeutung unsere Regel im römischen Obligationenrecht gehabt hat, so ist zum Schluß noch ins Auge zu fassen, wie ihre Stellung gegenüber dem heutigen Obligationenrecht sei.

1) Bei uns wird die Correspondenz von Leistung und Rückleistung bei den Realcontracten stets ihre natürliche Bedeutung behalten.

2) Das zahlungmangelnde Empfangsbekenntniß, als ipso iure Tilgung der Forderung, hat seine Stipulationsform abgestreift, und ist formlos geworden. Es ist ein eigenes Rechtsgeschäft mit materiell selbständigem Inhalt, und alle solche Geschäfte selbständigen Gehaltes hat, unter Ignorirung der Stipulation, unser deutsches Rechtsleben aus dem römischen Rechte herübergenommen. Die tilgende Kraft lag von jeher nicht in der Form, sondern in dem, certis in causis zugelassenen, vertragsmäßigen Willen, die Forderung durch Imagination der Zahlung, d. h. durch Empfangsbekenntniß ohne Zahlungsempfang, tilgen zu dürfen. Ihr heutiges Anwendungsgebiet ergiebt sich aus den gegebenen (durch die aus der Stipulationsform hervorgegangenen Beschränkungen nicht mehr beengten) materiellen Voraussetzungen: es muß eine Sachlage sein, nach der nur eine Forderung getilgt werden kann oder soll, nicht eine Obligation ungeschlossen erklärt werden kann oder soll [also Tilgung einer Forderung aus einem Realcontract; einer Forderung aus einem Consensualvertrag re secuta; einer Forderung aus einer Obligation, die allerdings für ungeschlossen erklärbar ist, die aber die Parteien nicht für ungeschlossen erklären wollen]. Bei dieser s. g. Acceptilation des practischen Rechts hat mithin die Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est nunmehr alle Bedeutung verloren, und sie hat auch nicht etwa neue Bedeutung gewonnen bei unserem modernen Formalgeschäft, dem Wechsel. Es besteht nicht der Satz, daß man den Wechsel in wechselmäßiger Form zurücknehmen oder durch imaginäre Zah-

Digitized by Google

lung getilgt erklären könne, sondern man muß entweder den Wechsel zerstören [was, ebensowenig wie die Zerstörung eines Testaments, eine Anwendung unserer Regel ist] oder man muß materiell zahlen bezw. für den Zahlungsbeweis sorgen. Die auf das Wechselpapier geschriebene allgemeine Bemerkung, daß gezahlt sei, fällt unter den Gesichtspunkt der Zerstörung der Urkunde[27]).

3) An Stelle der wenigen einzelnen bei den Römern klagbaren Consensualcontracte haben wir jetzt den allgemeinen Satz, daß — wo nicht besondere Gründe besondere Gestaltungen hervorrufen — alle Consensualverträge vollgültige und vollerzwingbare Obligationen erzeugen. Damit ist auch in gleichem Umfange anerkannt, daß re nondum secuta durch contrarius consensus vom Vertrage wieder zurückgetreten werden (abiri) kann, was denn auch noch weiter in demselben Umfange die Möglichkeit eines daran sich anschließenden ganz neuen oder des erneuerten alten Vertrages hervorruft (Anm. 24). Ist dagegen schon res secuta, so ist damit die Gränze gezogen, die auch noch für uns ein civilistisch anderes Resultat hervorruft. Freilich nicht mehr in Betreff der Klagbarkeit solcher „vertragsmäßiger in integrum restitutio“ (Anm. 20). Während ein solches Geschäft über die Gränzen einer der positivrechtlich anerkannten Vertragsgestalten (z. B. Rückverkauf) hinaus[28]) bei den Römern keine Klagbarkeit hatte, ist diese jetzt, in Folge der allgemeinen Klagbarkeit aller Consensualverträge, vorhan-

27) Thöl Handelsrecht II (3 Aufl. 1873) § 319: „Zerstört ist die Form für das Recht aus allen Wechselversprechen, wenn das Papier die ganz allgemeine Bemerkung, daß gezahlt sei, enthält. — — Das sicherndste Verfahren des Wechselgebers ist, daß er sich gegen die Zahlung den Wechsel ausliefern, zuvor aber die Zahlung auf demselben vom Empfänger quitiren läßt, und dann hinterher seine Namensschrift auf dem Wechsel durchstreicht.“

28) L. 1 C. quando lic. ab emt. 4.45 (Gord.): Re quidem integra ab emptione et venditione utriusque partis consensu recedi potest: etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissolvitur. at enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emptionem, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit.

Digitized by Google

den. Aber es wird die juriſtiſche Interpretation immer eine andere ſein müſſen, als bei dem vor der res secuta Verabredeten. Solche Verträge ſind keine Erlaßverträge mehr, ſondern Verträge auf neue Leiſtungen, aus denen aber einzelne Forderungen gegen Forderungen aus dem früheren Geſchäft in Gegenrechnung geſtellt ſein können [29]). —

Was gilt hiernach heutzutage noch von der Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est? Abgeſehen vom realen Tilgen des Realcontractes iſt zu unterſcheiden: a) Das (formloſe) zahlungmangelnde Empfangsbekenntniß; hier wird die Entſtehung der Obligation nicht afficirt, und nur die betreffende daraus hervorgegangene Forderung durch vertragsmäßige Zahlungsimaginirung aufgehoben; der Satz vom eo genere dissolvere quo colligatum est gilt hier gar nicht mehr. b) Der formloſe vertragsmäßige Widerruf (abire) unausgeführter Conſenſualverträge (contrarius consensus) umfaßt heutzutage, wie die Conſenſualverträge, die Regel für das ganze Obligationenrecht. Die Regel vom id genus contrahendi paßte auf den contrarius consensus nur ſo lange, als er auf beſtimmte einzelne Contractsfälle als auf ſein Anwendungsgebiet ſich bezog. Da ſie jetzt ſich auf alle Vertragsobligationen (Beſonderheiten abgerechnet) richtet, ſo hat ſie ſich in den allgemeinen Satz verflüchtigt: Begründung wie Widerruf wird als vertragsmäßiger vorausgeſetzt. Richtig verſtanden beſteht unſere Regel alſo auch hier nicht mehr. c) Bei der vertragsmäßigen in integrum restitutio hat ſie nie beſtanden.

Wir haben mithin die Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est für's Obligationenrecht ganz fallen zu laſſen [30]). Die künſtlichen Löſungsacte aber haben wir zu unterſcheiden in vertragsmäßige Zahlungsimaginirung, vertragsmäßigen Widerruf, und vertragsmäßige in integrum restitutio.

29) Vgl. auch Windſcheid P. § 357, 9.

30) Es wird alſo bedenklich ſein, mit Arndts P. § 267, 1. a in einer noch ſcheinbar das Geltende mitbetreffenden Faſſung zu ſagen: „Allgemeiner Grundſatz des R. R. iſt . . . omnia quae iure contrahuntur contrario iure pereunt.“

Digitized by Google

VII.

Ich gehe jetzt zu der Frage über, bei welchen Punkten die römischen Juristen den Satz vom eo genere dissolvere quo colligatum est noch außerhalb des Obligationenrechts zur Verwendung gebracht haben. Unser fr. 153 de reg. iur. richtet sich auf diese Frage in der Wendung: [fere quibuscunque modis obligamur isdem in contrarium actis liberamur], cum quibus modis adquirimus isdem in contrarium actis amittimus. ut igitur nulla possessio cet.

Unter dem „adquirimus" ist offenbar im Gegensatz zu den obligatorischen Verhältnissen der sachenrechtliche Erwerb gemeint. In Beziehung auf das Eigenthum findet sich Ein durch unsere Regel illustrirter Punkt in den Quellen:

> Fr. 1 pro derelicto 41. 7 (Ulp.): Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

Der Eigenthumserwerb durch Occupation und der Eigenthumsverlust durch Dereliction wird auf denselben Grundgedanken zurückgeführt, und Ulpian sagt fast gleichlautend mit Paulus, daß hier also: quibus modis adquiruntur, isdem [in contrarium actis] res desinunt esse nostrae. —

Paulus aber in fr. 153 cit. geht auf eine genauere Angabe, wo solches in contrarium des „adquirere" geformtes „amittere" noch sonst vorkomme, gar nicht ein, um sogleich zu seiner auf die Besitzfrage gerichteten Anwendung zu gelangen: ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Wir kehren damit, indem wir dem Paulus folgen, zu dem am Ende des § II einstweilen verlassenen Punkte zurück.

Der Erklärungsversuche dieser berühmten Worte giebt es [abgesehen jetzt von den im § II angeführten] aus der vorsavigny'schen Zeit noch eine große Menge. Es sind darunter einige besonders bedeutende,

Digitized by Google

die eine gemeinsame Voraussetzung durchzieht, welche dann auch wieder von Baron in seine oben angegebene Ansicht aufgenommen worden ist. Die anderweit-irrthümliche Fassung dieser in verschiedener Weise der Besitzlehre eingefügten Ansichten hat es mit sich geführt, daß, mit den Ansichten selbst, auch die ihnen zum Grunde liegende Voraussetzung immer wieder verworfen worden ist. Die Voraussetzung knüpft sich an eine sehr bekannte und frappante Eigenthümlichkeit der römischen Besitzlehre. Bei Grundstücken gilt, wenn der Besitzer davon hinweggegangen ist und ein Anderer in dessen Abwesenheit heimlich sich darin festgesetzt hat, die Besonderheit, daß der Abwesende die einstweilen solo animo retinirte possessio erst verliert, wenn er das Wiedergeltendmachen seines Besitzes aufgiebt, oder zurückkehrend vom Occupanten zurückgetrieben wird, wogegen im Fall seiner gleich unter Vertreibung des Occupanten durchgeführten Rückkehr sein Besitz als gar nicht verändert erscheint. Es ist nun, schon von der Glossatorenzeit her, immer wieder die Voraussetzung supponirt worden, daß unsere vielbestrittenen Paulinischen Worte, wie man sie auch im Genaueren verstehen möge, auf diesen Punkt des Besitzverlustes an Grundstücken zu beziehen seien.

Die Glosse argumentirt folgendermaßen. Im Fall dieses Besitzverlustes am Grundstück hat man zunächst, bei nicht mehr vorhandenem corpus, animo den Besitz noch fortgeführt; darauf bei der Contestation mit dem Occupanten oder beim Verzicht auf die Rückkehr geht nun auch der animus unter; also in diesem Fall muß für Annahme des Besitzverlustes Beides, corpus und animus, weggefallen sein. Danach wird dann folgende allgemeine Besitzregel formulirt: wenn vom corpus angefangen wird, so muß außer dem Wegfall des corpus auch noch der des animus eintreten; wenn aber vom animus angefangen wird, so genügt für den Besitzverlust auch schon der Untergang dieses einen Momentes [31]).

31) Die Glosse zu fr. 3 § 6 und fr. 8 de adq. poss. sagt (abgesehen von vielen anderen Erklärungsversuchen, die hier nicht interessiren): „Sed die duo esse necessaria si a corpore incipiat: nam non sufficit exire de fundo, nisi exiens habeat animum desinendi possidere. et ita hic. si autem incipias ab animo: tunc unum solum sufficit, scilicet animus. et ita ibi (fr. 3 § 6 cit.)“

Cujacius faßt die Regel ſo: man kann nudo animo den Beſitz a) retiniren, b) amittiren, c) nicht acquiriren. Zu den Momenten, wodurch ſich dies beſtätigen ſoll, gehört wiederum weſentlich jene für die Grundſtücke beſtehende Beſonderheit [32]).

Cuperus knüpft daran an, daß das fr. 8 de adq. poss. und fr. 153 de reg. iur. aus des Paulus 65 Buch ad ed., worin er das Int. unde vi behandele, entnommen ſei. Daraus könne man folgern, daß Paulus nur habe conſtatiren wollen, der zum Grundſtück Zurückkehrende und vom Occupanten Zurückgetriebene gelte als deiectus und könne das Int. unde vi geltend machen. Hiernach habe Paulus nichts Anderes im Sinne, als was Papinian in l. 46 de adq. poss. ausſpreche, daß nämlich dem ignorans ohne ſeinen beſonderen animus der Beſitz nicht genommen werden ſolle [33]).

Dem Cuperus am nächſten ſteht die Anſicht von Baron (Anm. 6). Nach ihm hatte der Abweſende (abgeſehen vom uti possidetis) kein Interdict gegen den Occupanten eines Grundſtücks. Darin lag ein

32) Cuiacius Notae ad § 5 J. de Interd. [cf. Paratitl. in Codic. tit. de poss.] (ed. Francof. 1595 I p. 131. III p. 148): „Possessio nudo animo retinetur, nudo animo amittitur, nudo animo non adquiritur. Sunt qui contendant nudo quoque animo possessionem non amitti ex l. quemadmodum (8) D. de adquirend. possess. sed ea lex, ut apparet ex inscriptionum similitudine, conferenda est cum l. fere (153) D. de divers. reg. iur. In qua merito additur fere. nec enim omnino ut adquiritur, ita etiam amittitur possessio. nam etsi non amittatur solo corpore, propterea quod solo animo [bei Grundſtücken] retinetur, solo tamen animo amittitur. nec alia est ratio propter quam videatur additus ille articulus fere."

33) Cuperus de natura possess. II 36 (ed. Thibaut 1804) p. 145: Enimvero, quum et l. 8 et l. 135 ex l. 65 Pauli ad ed. desumtae sint, quumque egerit Paulus in eo libro de Int. unde vi, mihi quidem hoc suum decretum videtur adhibuisse ad docendum, etiam absentem, qui animo retinuerit possessionem, si reversus prohibitus sit ingredi, Interdicto unde vi experiri posse ac deiectum videri. Qua adsumta coniectura, nihil aliud docere voluisse Paulus dicendus est, quam quod docuit Papinianus (in supra explicita l. 46 h. t.), ignoranti i. e. sine animo tolli non debere possessionem, quae solo animo tenetur. ac proinde, absentem possidere adhuc intelligendum esse tum, quum prohibitus sit ingredi, licet ante clam invasa eius possessio sit.

Digitized by Google

Mangel, und dieſe Lücke ergänzte die Jurisprudenz. Unter Zuhülfenahme der Regel prout quidque contractum est ita et solvi debet, ſchrieb ſie dem Abweſenden trotz der Occupation Beſitz zu, und leitete daraus den Schluß her, daß der Rückkehrende ſich ſelbſt in den Beſitz ſetzen reſp. das Interd. de vi anſtellen dürfe. Das ſage Paulus, ebenſo wie Papinian in l. 46 de poss., mit der Behauptung, der Beſitz könne nicht corpore d. h. durch das bloße Hereinkommen des Occupanten, ſondern nur animo verloren gehen. Im Uebrigen aber geht Baron weit über Cuperus hinaus, indem er als den wahren Beſitzer den Occupanten betrachtet, während dem Abweſenden nur zum Zweck jenes Vertreibungs- reſp. Interdictenrechtes ein Beſitz „angedichtet" werde, alſo der Abweſende nicht die Uſucapion fortſetze und nicht auf die Reivindicatio hafte [34]).

Ich gehe in die materielle hier berührte Beſitzfrage nicht ein, da es meine Aufgabe nur iſt, den Zuſammenhang der Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est mit der Beſitzlehre nachzuweiſen. In dieſer Richtung aber iſt mir von beſonderer Wichtigkeit, die ſeit Jahrhunderten immer wieder auftauchende Vorausſetzung, daß Paulus in unſerem fr. 153 de reg. iur. nur von der beſonderen für Grundſtücke geltenden Beſitzverluſtfrage rede, einer genaueren Prüfung zu unterwerfen. Solche Prüfung iſt, ſo viel ich weiß, noch nirgend unternommen worden. Ja von Savigny wird gewiſſermaßen jede Neigung zu ſolcher Prüfung von vorn herein niedergeſchlagen, indem er die ganze gleichſam einer Entſchuldigung bedürftige Anſicht nur einer kurz abweiſenden Bemerkung würdigt [35]).

34) Gegen Baron haben ſich erklärt: Rudorff in Zuſ. Nr. 98 zu Sav. (7 Aufl.); Windſcheid P. § 156 Anm. 1 a. E.; Meiſcheider Beſitz u. Beſitzſchutz 2 Heft (1876) S. 324—334.

35) Beſitz 6 Aufl. S. 385. 386; (7 Aufl. S. 331. 332): „Bei weitem die meiſten Interpreten ſuchen dieſe Schwierigkeit dadurch aufzuheben, daß ſie die ganze Stelle bloß auf einen beſonderen, ausgenommenen Fall beziehen. Nemlich Grundſtücke . . . . . — Allein der Juriſt hat ſo offenbar die Abſicht, eine allgemeine Regel aufzuſtellen, daß dieſe Erklärung durch alle Nebengründe, die man dafür aufgeſucht hat, unmöglich entſchuldigt werden kann."

Digitized by Google

VIII.

Faſſen wir zunächſt das ſchon erwähnte fr. 46 de adq. poss. 41. 2 von Papinian ins Auge. Um dies aber richtig zu verſtehen, muß in der Reihenfolge der in den Digeſten aneinander geknüpften Fragmente etwas weiter zurückgegriffen werden.

> Papinianus l. 23 quaest. (fr. 44 § 2 l. c.): Quibus explicitis, cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: (1) nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus: (2) eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus. (3) illa quoque possessionis amittendae separatio est[36]): nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo, [fr. 45: licet neque servum neque colonum ibi habeamus,] (fr. 46) quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tam diu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur.

Papinian ſagt dreierlei:

---

36) Papinian weiſt hiemit auf Nr. (1), den Fall daß wir corpore nostro teneamus, zurück, und will dieſem Fall die rückſichtlich der Grundſtücke beſtehende Beſonderheit hinzufügen. Um es aber völlig zweifellos zu machen, daß hier vom Fall Nr. (1) und nicht vom Fall Nr. (2), wo das Grundſtück servi vel coloni corpore possidetur, die Rede ſein ſoll, ſchieben die Compilatoren in den Context (aus Papinianus l. 2 defin.) das fr. 45 ein.

Digitized by Google

1) regelmäßig verlieren wir eine possessio, die wir corpore nostro tenemus, vel animo vel corpore.

2) Bei einem Beſitz, deſſen corpus wir durch einen Sklaven oder Pächter halten laſſen, kann es kommen, daß der Beſitz ignorantibus nobis verloren gehe.

3) Bei Grundſtücken (saltus hiberni oder aestivi) gilt rückſichtlich des Beſitzverluſtes eine Beſonderheit (separatio est). Wenn wir deren corpus ſelbſt inne hatten und in ihnen keinen Sklaven oder Pachter zurückließen, ſo wird ihr Beſitz, den wir animo retiniren, nicht dadurch verloren, daß ein Anderer mit dem Beſitzwillen in das Grundſtück hineinkommt. Vielmehr verbleibt uns der Beſitz, ſo lange wir die Occupation des Anderen nicht erfahren haben. Alſo damit, daß in Folge des Hereinkommens des Anderen factiſch das corpus aufgehört hat, geht der Beſitz, den wir animo retiniren, nicht verloren. Der Beſitz ſoll nicht nobis ignorantibus genommen werden: Erſt, nachdem durch das Erfahren der Occupation eine Umgeſtaltung unſeres Beſitzesbewußtſeins eingetreten iſt, kann (entweder durch Aufgeben unſeres animus, oder durch Zurückgetriebenwerden) der Beſitzverluſt eintreten.

Die für Grundſtücke geltende Beſonderheit iſt mithin darauf gerichtet, daß jedenfalls nicht vor dem Erfahrenhaben der Occupation der Beſitz als verloren gelten ſoll (non debet ignoranti tolli possessio). Vom Erfahrenhaben an ſpaltet ſich die Frage in mehre Eventualitäten, die uns hier nicht weiter intereſſiren. Wir können den Satz non debet ignoranti tolli possessio, ohne ihn zu verändern, auch ſo ausdrücken: wenn ein anderer mit dem Beſitzwillen hereinkommt, ſo iſt er uns gegenüber ein „clam possidens", und ſolches clam possidere ſoll eben dem ignorans den Beſitz noch nicht ändern[37]).

37) Fr. 6 § 1 de adq. poss. (Ulpian.): Qui [Si quis? Mommsen] ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit. Fr. 18 § 3 eod. (Celsus): Si, dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non

Digitized by Google

Papinian zerlegt sich demnach die Besitzelemente so: ich hatte das corpus und ich hatte Besitzesbewußtsein. Durch das heimliche Occupiren ist an sich mein corpus aufgehoben, aber so lange ich ignorans bin, habe ich noch das alte Besitzbewußtsein. Erfahre ich die Occupation, so ist damit mein altes Bewußtsein nothwendig in einen ganz anderen Willenszustand umgestaltet, indem ich nun entweder verzichte oder mir das occupirte corpus wieder zu schaffen trachte. Bis zu der durch das Erfahren eintretenden Bewußtseinsumgestaltung reicht die besondere Rechtsbestimmung für Grundstücke. Bis dahin soll jedenfalls der Besitz nicht verloren sein; von da an kann der Besitz sogleich (durch Verzicht) aufhören, er kann noch bestehen bleiben bis zum Zurückgetriebenwerden, er kann ganz ungeändert erscheinen (wenn man den Occupanten gleich verjagt).

Papinian's Ansicht läßt sich kurz so zusammenfassen: bei Grundstücken muß für die Besitzverlustfrage das umwerfende Factum sich auf beide Besitzelemente (utrumque im copulativen Sinn) beziehen. Es ist der Besitz noch unverloren, so lange, nachdem das corpus durch heimliches Hereinkommen des Occupanten umgeworfen ist [38]), das alte Besitzbewußtsein des ignorans possessor fortdauert, also nicht durch Erfahren der Occupation in sein Gegentheil (das scire) verkehrt ist.

IX.

Es ist schon von anderer Seite auf den Punkt hingewiesen worden, mit dem diese Besonderheit über den Besitzverlust bei Grundstücken wird in Verbindung gebracht werden müssen [39]). Um die Zeit Labeo's

desisse ilico possidere existimandus sum. — Vgl. fr. 6 pr. eod.: Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur et, ne faceret, timebat . . . . itaque, inquit Pomponius, clam nanciscitur possessionem, qui futuram controversiam metuens ignorante eo, quem metuit, furtive in possessionem ingreditur.

38) Nachdem also an sich schon besteht: „illius corporalis possessio" (cf. fr. 25 § 2 de adq. poss. v. Pomponius).

39) Stinzing das Wesen von bona fides und titulus (1852) S. 42. Vgl.

Digitized by Google

hat (gleichviel ob ſchon von Alters her beſtehend, oder erſt damals hervortretend) die Anſicht Anhänger gehabt, daß auch an Grundſtücken ein furtum möglich ſei. Eine Notabilität wie Sabinus hat dieſe Anſicht vertheidigt[40]). Wer dieſe Anſicht theilte, nahm nothwendig an, daß — da hier ein „efferre occulte et surripere“ nicht möglich iſt — ſchon das bloße „clam animo possessoris“ ſich im Grundſtück Befinden als furtum anzuſehen ſei. Weiter lag darin, daß der in dieſer Weiſe clam ins Grundſtück mit dem Beſitzwillen Hereinkommende damit dem abweſenden und ignorans possessor den Beſitz wegnehme. Das enthält den Beweis, daß die in Anm. 37 mitgetheilten Ausſprüche der römiſchen Juriſten direct und genau den Widerſpruch gegen die Anſicht des Sabinus darſtellen: videri eum clam possidere [er iſt nur heimlicher Occupant, qui furtive ingressus est; aber er ſoll eben kein fur ſein, d. h. er ſoll nicht, mag er auch Dritten gegenüber als possidens gelten, als dem ignorans deſſen Beſitz contrectirend erſcheinen] Labeo scribit: retinet ergo [ſetzt Ulpian, dem Labeo ganz beiſtimmend, hinzu] possessionem is qui abiit. Und beide Sätze, den des Labeo und des Ulpian, vereinigend, ſagt Celſus: si alius quis clam animo possessoris intraverit, non desisse ilico possidere existimandus sum.

So hat die Anſicht vom furtum an Grundſtücken die entgegengeſetzte Anſicht hervorgerufen, daß gegenüber dem clam possidere „non debet ignoranti tolli possessio“. Und dieſe letztere Anſicht iſt bei den

auch Hugo R. R.G. 11 Aufl. S. 221. 303 u. Anm. 1. — Das im Text von mir Ausgeführte weicht weſentlich von der bekannten Savigny'ſchen Auffaſſung dieſer Frage (Beſitz 6 Aufl. S. 408—416; 7 Aufl. S. 348—354) ab.

40) Gellius N. A. XI 18: Sed quod sit oblatum, quod conceptum, et pleraque alia ad eam rem, ex egregiis veterum moribus accepta, neque inutilia cognitu neque iniucunda qui legere volet, inveniet Sabini librum, cui titulus est de furtis. in quo id quoque scriptum est, quod vulgo inopinatum est, non hominum tantum et rerum moventium, quae efferri occulte et surripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum: condemnatum quoque furti [die Anſicht iſt alſo auch in gerichtliche Entſcheidungen übergegangen] colonum, qui fundo quem conduxerat vendito possessione eius dominum intervertisset.

Digitized by Google

Römern die herrschende geworden[41]). Pomponius billigt ihre Consequenzen als das practisch Zweckmäßigere[42]); Papinian sagt von ihr in obiger Stelle: tam diu priorem possidere dictum est, quam diu u. s. w., und mit solchem „dictum est“ oder „quod dicitur“ bezeichnen gerade die römischen Juristen einen traditionell recipirten Satz[43]).

Dieser zu festem Recht gewordenen Besonderheit in Betreff der Grundstücke schiebt nun Papinian als theoretische Stütze unsere Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est unter. Die Art wie er es thut, zeigt mit absoluter Sicherheit, daß eben lediglich auf jene Besonderheit unsere Regel von Papinian bezogen wird. Er sagt: ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur. Der Satz non debet ignoranti tolli possessio heißt ja eben: es muß nicht bloß das corpus durch die heimliche Occupation umgeworfen (Anm. 38), sondern es muß auch erst das die Occupation nichtkennende Besitzbewußtsein in sein Gegentheil umgeschlagen sein, ehe über-

41) Vgl. noch Paulus in fr. 3 § 7. 8 de adq. poss. u. fr. 7 cod. (mit Erwähnung des Neratius).

42) Fr. 25 § 2 de adq. poss. (Pompon. l. 23 ad Quintum Mucium): Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio [dies ist also die Ansicht des Sabinus in Anm. 40], an vero (quod quasi magis [Quinto Mucio? van de Water, vgl. die Mommsen'sche Ausgabe] probatur) usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem: et videtur utilius esse.

43) Vgl. Glück-Leist Commentar II S. 197 A. 15. [Baron bemüht sich (Gesch. R.B. S. 96) zwischen Pomponius und Papinian einen Gegensatz der Meinungen herauszubringen, indem jener die Motivirung des Papinian gemißbilligt habe. Das ist aber ganz unerfindlich.] Fr. 38 de u. et u. (Gai.): . . . abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri. In dem „abolita est“ liegt die Hinweisung, daß die sententia nicht bloß nicht mehr üblich, sondern daß sie wirklich unmöglich geworden ist. Und das ist sie in der That durch die gewohnheitsrechtliche Feststellung des Satzes: non debet ignoranti tolli possessio.

Digitized by Google

haupt von einem möglichen Beſitzverluſt die Rede ſein kann. Alſo corpus und animus müſſen umgedreht ſein. Hat ſich der animus noch nicht umgedreht, ſo kann — nach Analogie der Obligationen, deren Band auf dieſelbe Weiſe gelöſt wird, wie es begründet zu werden pflegt, — man den Beſitz noch nicht als aufgehoben betrachten. Mithin wird der Beſitz, ſo lange ſeine Elemente noch nicht eodem modo ſolvirt ſind (durch Umkehrung von corpus und animus), wie ſie (als Vereinigung von corpus und animus) conſtituirt ſind, als noch unverloren gelten müſſen.

In Betreff Papinian's wird hiernach die Beziehung unſerer Regel auf die Beſonderheit des Beſitzesverluſtes an Grundſtücken nicht eine „Erklärung die unmöglich entſchuldigt werden kann" (Anm. 35) genannt werden dürfen[44]). Wir haben hier vielmehr einen völlig ſicheren Punkt vor uns, deſſen Inhalt noch weiterer Verwerthung für die Beſitzlehre bedarf.

Die für die Grundſtücke geltende Beſonderheit iſt, als Gegenſatz gegen die Theorie vom furtum an Grundſtücken, bei den Römern zu gewohnheitsrechtlicher Anerkennung gelangt. Aber es fehlt Viel daran, daß ſie als eine nach allen Seiten hin wiſſenſchaftlich ausgebaute in den Quellen vor uns läge. Unſere neuere Literatur hat ſich mit dieſem Ausbau lebhaft beſchäftigt[45]). Die Grundelemente der Frage liegen aller-

44) Die entſcheidenden Worte des Papinianeiſchen fr. 46 von „ut enim" an ſind in dem Savigny'ſchen Beſitzwerke [vgl. daſ. S. 411 (6 Aufl.) S. 350 (7 Aufl.)] überall nicht berückſichtigt worden. Rudorff's Zuſatz Nr. 101 erwähnt ſie, ohne aber daraus Schlüſſe zu ziehen. — Papinian hätte übrigens, da es ja ſicher war, daß er nur von Grundſtücken rede, gerade ſo gut ſchreiben können: ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur quo quaeri adsolet, ita nulla debet ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur.

45) Vgl. Bruns in Bekker u. Muther's Jahrb. IV (1860) S. 46—48; Witte in der Zeitſchr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XVIII (1861) S. 249—269; Windſcheid P. 1 Aufl. I (1862) S. 391; Baron Geſammtrechtsverh. (1864) S. 90 ff. u. in Ihering's Jahrb. VII S. 144 ff.; Rudorff zu Sav. Beſ. (1865) Zuſ. Nr. 106. 110; Fitting Arch. f. civ. Pr. LV (1872) S. 314 ff.; beſonders Bruns Beſitzklagen (1874) S. 112 ff., 134—166; Windſcheid P. 4 Aufl. (1875) I S. 475. 476; Meiſcheider Beſitz u. Beſitzesſchutz II (1876) S. 323—338.

Digitized by Google

dings in den Quellenworten: videri eum clam possidere; retinet ergo possessionem is qui abiit, d. h. der heimliche Occupant [der corpus und propositum possidendi hat] iſt (insbeſondere Dritten gegenüber) juriſtiſcher Beſitzer, aber dem Abweſenden verbleibt dennoch, ſo lange er ignorans iſt, ſeine possessio, ſo daß alſo ihm gegenüber der heimliche Occupant ungeſchützt daſteht. Indeſſen eine ganze Reihe von Zweifelsfragen drängt ſich dabei auf: ſteht dem furtive Occupirenden der in gutem Glauben Occupirende gleich? wie ſteht der vom Occupirenden die Sache Erwerbende? wer uſucapirt? welche Klagen hat der Weggegangene gegen den Occupanten oder deſſen Nachfolger? kann er auch Gewalt gegen dieſe Perſonen gebrauchen? wie lange kann überhaupt dieſes Beſitzretiniren des Abweſenden dauern? wie ſtellt es ſich, wenn er wahnſinnig, krank, u. ſ. w. wird?

Ich gehe auf dieſe Interna der Beſitzlehre hier nicht ein, indem ich an dieſer Stelle nur die Aufgabe verfolge, den Einfluß des obligatoriſchen Satzes vom eo modo solvere quo vinculum quaeri adsolet auf die Beſitzlehre, dieſen aber möglichſt genau, zu conſtatiren. Ich zerlege dies, zunächſt noch immer lediglich vom Boden unſerer Papinianeiſchen Stelle aus, in folgende Punkte:

1) Papinian's Satz: non debet ignoranti tolli possessio bezieht ſich gar nicht auf die nach dem Erfahren der Occupation für den Abweſenden ſich ergebenden Tilgungseventualitäten. Alſo er ſagt gar nicht, daß, wenn der Abweſende entweder auf den Beſitz verzichtet, oder zurückkehrend vom Occupanten zurückgetrieben wird, dies ſich auf das eo modo solvere quo vinculum quaeri adsolet zurückführen ließe. Auch keine andere Stelle enthält irgend eine Hindeutung dieſer Art[46]).

2) Papinian ſagt auch nicht, daß der Beſitz genau „nur ſo lange"

46) Bruns (Beſitzkl. S. 151) hat das Unterſchiedenſein des fr. 46 von den anderen Stellen, worin: „revertentes nos repellat", „revertentem non admiserit", „revertens prohibitus sit ingredi" den Moment des Verluſtes durch Zurückgetriebenwerden bezeichnet, richtig herausgefühlt, indem er ſagt: „in einer Hauptſtelle (fr. 46) wird ſogar die Rückkehr gar nicht einmal erwähnt, ſondern die Fortdauer nur ſo lange angenommen quamdiu possessionem ab alio occupatam ignorat."

Digitized by Google

(Anm. 46) dauere, als das ignorare besteht, d. h. also (dies positiv verstanden) daß mit dem Erfahren der Occupation der Besitz des Abwesenden von selbst aufhöre. Ergreift der Abwesende (wie auch Bruns beifügt) nach der Kenntnißnahme sofort den Besitz wieder, so gilt derselbe als nie verloren. Papinian sagt vielmehr lediglich (in negativem Sinne): der Besitz ist dem Abwesenden, so lange er ignorans ist, unverloren (tamdiu possidere, quamdiu ignoraret). Mithin die Frage, wie es nach der Kenntnißnahme wird, ist für den Satz: non debet ignoranti tolli possessio gleichgültig. Und in ganz gleicher negativer Richtung bewegt sich ja auch die Ausdrucksweise der übrigen Stellen: adhuc tamen possides (fr. 3 § 7), retinet ergo possessionem (fr. 6 § 1), non desisse ilico possidere existimandus sum (fr. 18 § 3). Dies erklärt sich eben daraus, daß dieser Satz den Widerspruch gegen die Lehre vom furtum an Grundstücken bildet, nach welcher dem Abwesenden die Sache durch die Occupation, obgleich ein efferre occulte et surripere nicht möglich war, als contrectirt gelten sollte.

3) Papinian fordert die Fortdauer des Besitzes an Grundstücken, so lange nicht rücksichtlich beider Besitzelemente (utrumque im copulativen Sinn) das in contrarium actum eingetreten sei. Der Satz: solo animo tenetur possessio hatte schon bestanden in dem Sinne, daß man bei einer vacua possessio trotz der Abwesenheit den Besitz behalte. Der animus ist in solchem Zustande das Bewußtsein der trotz augenblicklicher Nichtbethätigung ruhigen Alleinherrschaft. Erfährt man, daß ein Anderer sich in der Sache festgesetzt hat, so dreht sich dieser animus nothwendig in sein Gegentheil um: das Nichtwissen wird zum Wissen, das Bewußtsein der Alleinherrschaft wird zum Bewußtsein des körperlichen Verdrängtseins und der Nothwendigkeit entscheidender neuer Entschließungen. Papinian verwendet nun eben die Analogie von der Wechselbeziehung zwischen Begründung und Aufhebung der Obligationen, um das in der Annahme eines furtum liegende Verlorensein wegzudeduciren. Er sagt: sowie das Band der Obligation nur erst durch denselben modus, durch den es begründet zu werden pflegt, gelöst wird, so darf

Digitized by Google

auch in Betreff der Grundstücke der Besitz noch nicht als gelöst gelten, wenn nur erst das corpus sich durch die „corporalis possessio illius“ ins contrarium umgesetzt hat, wenn aber der animus der ungestörten Alleinherrschaft im Abwesenden noch ungeändert ist. So lange sich dieser animus nicht in das Bewußtsein des körperlichen Verdrängtseins verkehrt hat (ignoranti), darf die possessio nicht für genommen erklärt werden (non debet tolli possessio).

X.

So sagt und meint Papinian. Und nun Paulus in fr. 8 de adq. poss.? Sollen wir annehmen, wenn auch Papinian von der Besonderheit der Grundstücke rede, so habe doch [nach Savigny] „Paulus in dessen Schriften sich gerade die entscheidendsten Anwendungen der richtigen Regel finden, in fr. 8 cit. und fr. 153 de reg. iur. recht absichtlich eine allgemeine Regel aufstellen wollen“?

Nach der Weise, wie sich die römischen Juristen an einander anschließen, ist es von vorn herein schwer denkbar, man möchte geradezu sagen: undenkbar, daß — während Papinian die Regel vom eo modo solvere quo quaeri adsolet zur Motivirung des Satzes, daß bei Grundstücken non debet ignoranti tolli possessio, verwendet, — Paulus, ohne ein Wort gegen Papinian zu äußern, jene selbe Regel so recht absichtlich zu etwas ganz Anderem, nämlich zur Aufstellung eines allgemeinen Princips für die Besitzverlustlehre, benutzt haben sollte.

Aber ist denn dies „so recht Absichtliche“ bei Paulus, und demgemäß bei Justinian's Compilatoren, überhaupt sicher? Lesen wir doch:

> Fr. 6 § 1 de adq. poss. (Ulp.): Qui [si quis] ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit: [verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam. (fr. 7 Paul.): sed et si nolit in fundum reverti, quod

Digitized by Google

vim maiorem vereatur, amisisse possessionem videbitur: et ita Neratius quoque scribit. (fr. 8 Paul.)] ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.

Daß fr. 6 § 1 und fr. 7 zusammengenommen werden müssen, hat schon Savigny [S. 414 A. 1 (S. 352 A. 2)] bemerkt. Daß aber als Anfang des fr. 8 das „ut igitur" aus dem „l. gemino eoque pleniore" wieder hergestellt werden muß [das „quemadmodum" ist aus dem Nichtsehen des Zusammenhangs dieser Stelle mit den vorhergehenden entstanden], hat Mommsen hervorgehoben; und mit dem „ut igitur" erweist sich diese Stelle als mit dem Vorhergehenden zusammengehörig. Also die drei zusammenzufassenden Stellen reden vom Besitzverlust an Grundstücken, und das fr. 8 soll (nachdem im fr. 7 der Punkt vom Verzicht nach erlangter Kenntnißnahme dem letztbesprochenen Punkte vom Zurückgetriebenwerden angereihet ist) die theoretische Erläuterung des in fr. 6 § 1 ausgesprochenen Satzes: retinet ergo possessionem is qui abiit geben, mithin ganz dasselbe sagen, was Papinian in fr. 46 cit. ausführt [47]). Haben aber Justinian's Compilatoren durch diese

47) Dem Sinne nach, — wie ihn Papinian völlig zweifellos ausspricht, und wie Paulus ohne Gegenerörterung gegen Papinian ihn unmöglich anders gewollt haben kann, — hätte das Paulinische fr. 8 gleich hinter den Ulpian'schen Worten: retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit von den Compilatoren eingeschoben werden müssen. Aber der grammatische Zusammenhang der Ulpian'schen Schlußworte: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere non clam, mit dem Vorhergehenden, — wobei sich „admiserit" auf den clam possidens zurückbezieht, und das „intelligi" von dem vorhergehenden Labeo scribit abhängt [vgl. über diese richtige Lesart, gegenüber der von Savigny adoptirten: Bruns Besitzll. S. 137 Anm. 1] — ist ein so absolut unzerreißbarer, daß eine Zwischenschiebung einer ganzen fremden Stelle völlig unmöglich war. Andererseits mußte sich (vgl. Anm. 48) an jene Ulpian'schen Schlußworte wegen des inhaltlichen Zusammenhangs gleich das fr. 7 anschließen. Es sind mithin dem Sinne nach die Ulpian'schen Schlußworte und das fr. 7 als eine zusammengehörige Parenthese zu denken (so wie ich es oben im Text anzugeben mir erlaubt habe), so daß sich danach das fr. 8 inhaltlich unmittelbar auf die Worte: retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit zurückbezieht.

Digitized by Google

Aneinanderreihung der Stellen genügend gezeigt, daß es sich nur um die Frage vom Besitzverlust an Grundstücken handele, so konnten sie sich vor Mißverständnissen hinreichend gesichert glauben, wenn sie noch besonders in fr. 153 de reg. iur. in der dem Papinian entsprechenden Weise die Worte des Paulus in ihrem Zusammenhange mit jener Regel des Obligationenrechts und mit der auf sonstigen sachenrechtlichen Erwerb hindeutenden Herüberleitung vor Augen führten: fere quibuscumque modis obligamur isdem in contrarium actis liberamur ist ganz dasselbe, als was Papinian mit: ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur quo quaeri adsolet ausdrückt; so muß auch: ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est dasselbe sagen, was Papinian so faßt: ita non debet ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur. Hatten die Compilatoren doch eben durch Aufnahme der Papinianeischen Parallelstelle den Hinweis gegeben, der vor Mißverständniß der aus dem Zusammenhang gerissenen [in ihrem Zusammenhang bei Paulus sicher vollkommen deutlichen] Pauliniſchen Worte bewahren sollte.

Wir erkennen den Zusammenhang, in welchem Paulus seine Worte geschrieben haben muß, noch aus der genauen Festhaltung der der furtum-Theorie gegenüber traditionell gewordenen Fassung. Der Besitz soll trotz der Occupation dem ignorans noch unverloren sein: „adhuc tamen possides“, „retinet ergo possessionem“, „non desisse ilico possidere existimandus sum“ hieß es in jenen Stellen, gleichbedeutend mit: ita non debet ignoranti tolli possessio; — „ita nulla amittitur (vgl. Anm. 44) nisi“ heißt es hier bei Paulus. — —

Das Resultat ist: die Herüberziehung der für das vinculum obligationum bestehenden Regel vom eo modo solvere quo quaeri adsolet in die Besitzlehre bezieht sich bei Papinian wie bei Paulus nur auf den bei Grundstücken geltenden Satz: non debet ignoranti tolli possessio, und meint hier das utrumque im copulativen Sinn. Daß die römischen Juristen die allgemeine Theorie vom Besitzverlust aus dem Princip aufgebaut hätten, daß der animus und ebenso andererseits

Digitized by Google

das corpus „in contrarium actum“ sein müsse, dafür giebt es keinerlei Spur in den Quellen. Ja wenn man die Einzelfragen verfolgt, sieht man, daß die Römer, hier wie in anderen Gebieten, aus dem Concreten heraus die Lehre aufbauen, daß ihnen die Subsumtion der Einzelfragen unter jenen von den Obligationen her für die ganze Besitzlehre von vorn herein zum Princip erhobenen Satz durchaus fremd ist.

Die Art, wie die römischen Juristen mit dem Satz vom eo genere dissolvere quo colligatum est in der Besitzlehre operiren, ist eine durchaus ähnliche, als ihr oben beleuchtetes Vorwärtsschreiten im Obligationenrecht vom Satz der Zahlungsimaginirung zum Satz des consensuellen Widerrufes. Es ist für sie nie einem Zweifel unterworfen gewesen, daß solche Sätze nicht als einfache Folgerungen aus einer ratio deducirt werden können, sondern daß sie erst gelten, wenn man sagen kann receptum est, visum est, constat. Die unterstützende Bedeutung, die der Regel vom eo genere dissolvere dabei zufällt, ist die der Analogie. So ist auch hier in der Besitzlehre der positive Boden, auf den sie sich stützen, daß der furtum-Theorie gegenüber das non debet ignoranti tolli possessio bestehe, — die positive Reception (dictum est). Aber sie verwenden die Analogie vom eo genere dissolvere, um es in einleuchtender Weise zu betonen, daß hier nicht bloß das corpus durch die Occupation, sondern auch erst der animus durch die Kenntnißnahme in sein Gegentheil umgeschlagen sein müsse, bevor von Besitzverlust überhaupt die Rede sein könne. Also während sie in anderen Fällen die Regel vom eo genere dissolvere rein zur theoretischen Colorirung bei Fragen verwenden, die schon in sich völlig aus anderen Rechtsgründen feststehen (wie bei der Wirkung von pactum gegen pactum, bei der Dereliction), wird man zugeben müssen, daß für den consensuellen Widerruf der Obligation, für die Besitzfortdauer an Grundstücken über das umgeworfene corpus hinaus bis zum umgeworfenen animus — die Verwendung des Satzes vom eo genere dissolvere die Bedeutung einer mithelfenden oder wenigstens mitstützenden Parallele gehabt hat. Für erst durchzusetzendes oder eben durchgesetztes Recht sucht man instinctmäßig nach Analogieen. Wer in unsere modernen Kammerverhandlun-

Digitized by Google

gen blickt, und sieht, mit welchen oft übermäßig gewagten Analogieen ein zur gesetzlichen Geltung durchzudrückender oder eben gegen Widerspruch durchgedrückter Punkt bei uns ausgeschmückt wird, den kann es nicht Wunder nehmen, wenn er hier (und zwar bei einer nur traditionellen Feststellung als ein „id quod dicitur“) den Papinian zu der zahmen Analogie vom eo genere dissolvere greifen, und den Paulus es ihm nachsprechen sieht.

Aber ein „Princip“, woraus die ganze Besitzverlustlehre begriffsmäßig zu construiren wäre, indem immer eins der beiden Besitzelemente, gleichartig dem obligatorischen dissolvere, nothwendig in sein contrarium umgedreht sein müßte, haben die Römer nie gekannt. Solche doctrinäre Begriffsoperation ist ihnen überhaupt fremd. Sie fragen, immer nur im Concreten vorgehend, wann können wir den aus corpus und animus bestehenden Besitz im vorliegenden Fall als aufgehoben betrachten? Aber Aufgehobensein des Besitzes und in contrarium actum von corpus und animus sind zwei verschiedene Dinge, wie gerade aus dieser unserer Frage so deutlich hervorgeht. Denn eben wenn bei Grundstücken durch die corporalis possessio des Occupanten für das corpus, und durch die Kenntnißnahme für den animus das in contrarium actum eingetreten ist, so erscheint damit, wie wir gesehen haben, der Besitz noch nicht als aufgehoben, sondern es muß nach der Kenntnißnahme für die Aufhebung noch das Factum des Verzichts oder der Zurücktreibung hinzukommen.

Wir heutzutage sind völlig durchtränkt von der Anschauung, daß die allgemeine Besitzverlustlehre auf dem „Princip“ vom in contrarium actum beruhe. Wenn Windscheid § 156 sagt: „Der Besitz wird dadurch verloren, daß eines der beiden Momente, auf deren Zusammensein er beruht, aufgehoben wird. Unter Aufhebung ist zu verstehen Verkehrung ins Gegentheil,“ so spricht er damit gewissermaßen den (durch Savigny begründeten) Gesammt-animus unserer modernen Jurisprudenz aus. Es wird lange dauern, ehe für diesen Gesammt-animus, — nachdem man erkannt hat, daß die Sache nicht quellenmäßig ist, — das in contrarium actum eingetreten sein wird.

Digitized by Google

Einzelne bisherige Umsturzversuche haben das Gebäude im Ganzen noch nicht zu erschüttern vermogt.

Ich gehe, wie bemerkt, auf die Interna der Besitzlehre hier nicht ein. Indem ich lediglich bei der Entwicklung des Satzes vom eo genere quo colligatum est auf die die Grundstücke betreffende Bestimmung: non debet ignoranti tolli possessio verharre, hebe ich nur noch Einen hierauf bezüglichen Punkt hervor.

Man hat nach dem „Grunde" dieser für die Grundstücke bestehenden Bestimmung gefragt. Savigny hält sie für eine „merkwürdige Ausnahme", Kierulff und Böcking für selbstverständlich, Windscheid für nicht selbstverständlich aber wohl nicht so merkwürdig wie Savigny annimmt; Bruns formulirt die Frage so: „ist der Satz der Fortdauer des Besitzes natürlich oder singulär"? — Meines Erachtens ist die ganze Frage unrichtig gestellt, weil sie immer auf dem Grundgedanken ruht, daß sie aus dem „Princip" des in contrarium actum entschieden werden müsse. Es sind aber zwei Fragen hier zu trennen: a) die Frage vom non debet ignoranti tolli possessio ist von den Römern nicht aus dem „Princip", aber aus der „Analogie" des in contrarium actum beantwortet worden. Sie reicht nur bis zu dem Momente der Kenntnißnahme. Sie ist eine aus dem Widerspruch gegen die furtum-Theorie hervorgegangene positive Besonderheit für die Grundstücke; aber, da die Lehre von der Dauer und der Aufhebung des Besitzes sehr viele Besonderheiten in sich faßt, damit noch keine „Singularität". Sie enthält überhaupt gar keine Entscheidung über die Aufhebung des Besitzes. b) Die aus der vorhergehenden Frage a sich entwickelnde Consequenz für die Aufhebungsfrage. Da der Besitz nach Nr. a bis zur Kenntnißnahme noch unverloren ist, so muß geprüft werden (fr. 25 § 2): an usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem?[48])

48) Vgl. fr. 6 in fin. fr. 7 eod.: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere non clam; sed si nolit in fundum reverti, quod vim maiorem vereatur, amisisse possessionem videbitur: et ita Neratius quoque scribit.

Digitized by Google

Für dieſe Frage giebt es gar kein „Princip“ des in contrarium actum. Sie iſt, wie überhaupt ſehr viele Punkte der Beſitzverluſtlehre, nach practiſchen Utilitätsgeſichtspunkten beantwortet worden (et videtur utilius esse).

XI.

Zum Schluß und im Rückblick auf die Reſultate dieſer Abhandlung frage ich noch: welchen Werth hat für uns die Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est? welchen practiſchen, welchen theoretiſchen?

Rückſichtlich ihres practiſchen Werthes ſagt Savigny[49]), ſie habe ſchon im neueren römiſchen Recht, noch mehr aber im heutigen, einen großen Theil ihrer Wichtigkeit verloren. Das Pactum ſollte die Stipulation nur nicht ipso iure, wohl aber per exceptionem aufheben. Der Unterſchied beider Aufhebungsarten ſei aber ſchon im Juſtinianeiſchen Rechte weniger wichtig als früher, und im heutigen ganz verſchwunden. Als practiſcher Ueberreſt der alten Regel im heutigen Recht könne der Fall der Aufhebung eines Teſtaments durch ein neues angeſehen werden. — Es iſt oben ausgeführt worden: daß dieſer Fall gar nicht hieher gehört; daß aber rückſichtlich der obligatoriſchen Vertragsſchließung man exceptiones durch pacta bloß noch da gelten laſſen kann, wo der Parteiwille deutlich nur ſolche exceptio, nicht die ipso iure-Tilgung, vor Augen hat; daß man im Uebrigen als künſtliche Löſungsacte die vertragsmäßigen Zahlungsimaginationen, Widerrufe und in integrum restitutiones zu unterſcheiden hat. Eine ſolche practiſche Geltung aber, wie ſie Savigny für unſere Regel vorſchwebt, kann man überhaupt nicht zugeben. Die Regel iſt gar keine Rechtsvorſchrift, bei der man nur zu ſuchen habe, ob noch gegenwärtig einzelne Punkte vorhanden ſeien, für welche dieſe Vorſchrift gegeben worden iſt. —

Welchen theoretiſchen Werth aber hat die Regel für uns? Baron

49) Syſtem IV S. 544.

Digitized by Google

ſagt: Normirung von Principien war nicht gerade die Tugend der römiſchen Juriſten. Es war ein Lieblingsſatz derſelben, daß Entſtehung und Aufhebung eines Rechtsverhältniſſes ſich entſprechen müſſen. „Müſſen"; denn ſie ſagen: prout quidque contractum est, ita et solvi debet [Baron hätte auch das quidque moniren können], und damit ſei gleichartig das (oben vielbeſprochene) Papinianeiſche: non debet ignoranti tolli possessio. Offenbar ſei ſolche Behauptung des „Müſſens" unrichtig; Pomponius komme mit ihm in fr. 80 de solut. ſofort in die Brüche, denn es ſei ſchief zu ſchreiben: cum verbis aliquid contraximus vel re vel verbis obligatio solvi debet; wäre die Regel richtig, ſo müßte die Verbalobligation nicht vel re vel verbis, ſondern bloß verbis aufgehoben werden können. Und ſo ſei denn auch die Pauliniſche Anwendung der Regel auf den Beſitz eine Uebertreibung, und als Uebertreibung eine Unrichtigkeit. — Es iſt im Obigen ausgeführt worden, daß die römiſchen Juriſten die Regel gar nicht im Sinne eines dogmatiſchen Princips, einer ratio, hinſtellen; daß ſie ſie in einer Reihe von ſehr verſchiedenartigen Fällen als Analogie verwenden theils zur bloßen theoretiſchen Colorirung für etwas ſchon anderweit Feſtſtehendes, theils zur Stützung (und dies iſt das Wichtigere) für etwas im Wege der communis opinio noch feſter zu Stellendes oder doch erſt eben Feſtgeſtelltes. Auf dieſem Wege hat die Regel heilſam mitgewirkt zur Gewinnung oder Sicherung der wichtigen Rechtsbeſtimmungen über die vertragsmäßige Zahlungsimaginirung, den vertragsmäßigen Widerruf von Obligationen, den Satz daß bei Grundſtücken non debet ignoranti tolli possessio.

Vergegenwärtigen wir uns doch, im Gegenſatz zu unſeren heutigen Verhältniſſen, die ganz andere Lage, in der ſich die claſſiſche römiſche Jurisprudenz für ihre Arbeit befand. Wir ſtehen, Angeſichts unſeres römiſchrechtlichen und deutſchrechtlichen Rechtsſtoffes, einem im Weſentlichen ausgewachſenen Civilrecht gegenüber. Unſere Aufgabe iſt, in den Principien das Blut und die Adern darzulegen, aus denen das beſtehende Material Leben und Bewegung gewinnt. Die claſſiſche römiſche Jurisprudenz ſtand einem werdenden Rechte gegenüber. In ihrer erſten Hälfte

Digitized by Google

drängte nur immer Neues heran; in der zweiten (seit Julian) mußte das Neue erst in der nach allen Seiten hin durchzuführenden Detailarbeit ins Ganze eingefügt werden. Das haben die römischen Juristen mit schneidiger Geistesschärfe und mit unermüdlicher phrasenloser Gewissenhaftigkeit durchgeführt. So sind sie uns in ihrer auf das Concrete gerichteten Arbeit immer unerreichte Muster und Meister. Indem sie in der Feststellung und Einerndtung des Concreten die ihrer Zeit gewordene Aufgabe erfüllen, bedürfen sie sehr der häufigen Verwendung der Analogie. Und sie, die sich aus der Falcidia den Pflichttheil holten, sind dabei oft in kühnster Weise vorgegangen.

Aber — obgleich sie mit instinctueller Intuition den Principien folgen, — in der schulmäßigen Zusammenfassung der Principien sind sie Schüler. Andere Zeiten, andere Aufgaben. Auf dem Boden des von ihnen Geleisteten haben Andere fortzuarbeiten. Aber trüben wir das Wasser nicht. Statt uns dessen zu freuen und das zu nutzen was sie uns bieten, meistern wir sie nicht wegen dessen, was wir nicht von ihnen verlangen können, und worauf die Richtung der damaligen Wissenschaft noch gar nicht hinführte. Vor Allem aber schieben wir nicht taschenspielernd ihnen als Principien unter, was ihnen nur harmlos verwendete Analogie war. Derjenige versteht die, ich mögte sagen, geniale civilistische Unschuld der classischen römischen Juristen nicht, der solche Parallelisirungen, wie wir deren Eine im Vorstehenden betrachtet haben, zu schulgemäßen Principien glaubt aufbauschen zu müssen, gegen die sich dann hinterdrein wohlfeile Critik üben läßt.

Druck von Ed. Frommann in Jena.

Digitized by Google

UNIV. OF MICH.
BINDERY

APR 26 1948

Digitized by Google

LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 105 256 384

In demselben Verlage ist früher erschienen:

Leist, Dr. B. W., civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse. I. Ueber die dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute. (10 Bg.) gr. 8. 1854. 3 Mk.

— — derselben II. Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. (13¾ Bg.) gr. 8. 1855. 4 Mk. 50 Pf.

— — derselben III. Bd. Ueber die Natur des Eigenthums. (12¾ Bg.) gr. 8. 1859. 6 Mk.

— — naturalis ratio und Natur der Sache. Ein Nachtrag zu der Schrift über die Natur des Eigenthums. (4 Bg.) gr. 8. 1860. 1 Mk.

— — Mancipation und Eigenthumstradition. (19¾ Bg.) gr. 8. 1865. 6 Mk.

Druck von Ed. Frommann in Jena.

Google